LE LEGGI CIVILI

PER

LO REGNO DELLE DUE SICILIE

RAVVICINATE

NELLE LORO DISPOSIZIONI E CON QUELLE CONTENUTE NELLE ALTRE PARTI DEL CODICE

ED ESPOSTE

CON LE DISCUSSIONI E COL DRITTO CONTROVERSO

DALL' AVVOCATO

Giuseppe Miraglia

TOMO II.

NAPOLI

Stabilimento Tipografico all'insegna dell'Ancora

VICO MAJORANI AI GEROLOMINI N. 43

1845

AVVERTIMENTO

Quest'opera divisa in due grossi volumi in ottavo grande contiene il comentario alla prima parte del nostro Codice, *le leggi civili*. È preceduta da un discorso storico sulla legislazione e giurisprudenza napoletana, dalla caduta dell'impero di Occidente sin oggi.

Il testo delle *leggi civili* vi è riportato senza interruzione, e'l comentario è collocato nelle note appiedi del testo di ciascun articolo.

Gli elementi del comentario sono:

1.° I paratitli, ossia il ravvicinamento fra i diversi articoli delle *leggi civili*, e que' delle altre parti del codice. Questo ravvicinamento è posto a fronte di ciascun articolo delle *leggi civili*, e per amore di brevità gli articoli citati senz'alcuna indicazione sono quelli delle *leggi civili* medesime: gli articoli delle altre parti del codice sono citati

Procedura civile, p. c.

Leggi penali, *ll. pp.*

Procedura penale, *p. p.*

Leggi di eccezione per gli affari di commercio, *L. di eccez.*

2.° La storia del dritto, in quanto concerne a deciferare i principî della nuova legislazione:

3.° La genesi degli articoli estratta dalle discussioni del consiglio di Stato di Francia, dalle osservazioni del Tribunato, e da'motivi. È occorso quindi citare questi documenti riuniti da Locré, e si è fatto uso della edizione di Bruxelles, *1838, edizione Tarlier:*

4.° Il dritto controverso, e si citano per la discussione le opinioni degli antichi e nuovi giureconsulti, e le decisioni de'Tribunali.

5.° Finalmente le modificazioni e dilucidazioni portate alle *leggi civili* da'Decreti e sovrani rescritti.

LIBRO III.

DE' DIFFERENTI MODI CO' QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETA'.

CONTINUAZIONE DEL TITOLO II.

DELLE DONAZIONI TRA VIVI E DE' TESTAMENTI.

CAPITOLO V.

Delle disposizioni testamentarie (1).

SEZIONE I.

Delle regole generali sulla forma de' testamenti (2).

Art. 892. Qualunque persona può disporre per testamento tanto a ti-

V. gli art. 815, 816, 928, 995.

(1) Noi abbiamo considerato nel tomo precedente le disposizioni testamentarie sotto i seguenti punti di veduta:

1.° La origine e'l fondamento della facoltà di testare: nota 1, pag. 362.

2.° La natura dell'antico testamento, le sue differenze da'legati, da'codicilli e dalle donazioni a causa di morte, a la definizione del testamento presente: nota 1, p. 367.

3.° Le persone che sono capaci di disporre e di ricevere per testamento, quelle che sono incapaci, le epoche da considerarsi per la capacità di disporre e di ricevere: nota 1, pag. 370, nota 1, p. 373 a 376, e nota 1, p. 378.

4.° Le condizioni che non possono inserirsi ne' testamenti: nota 2, p. 369.

5.° La storia della facoltà di disporre per dritto comune e consuetudinario, e le limitazioni che la legge presenta, quando il defunto lascia persone che gli sono strettamente congiunte co'vincoli del sangue: nota 1, p. 387 a 392; nota 1, p. 392 a 394.

6.° Quali beni debbono entrare nella massa per determinare la quota disponibile, e come si debbono valutare questi beni: nota 1, p. 402 a 406.

7.° Come si esercita la riduzione delle disposizioni testamentarie, quando eccedono la quota disponibile: a. 837, 838, 842 a 844 con la note corrispondenti.

Ora per compiere la materia delle disposizioni testamentarie, il legislatore nelle XI sezioni di questo capitolo detta le regole sulle forme di cui debbono essere rivestiti i testamenti, le disposizioni che possono contenere e gli effetti di queste disposizioni, o come un testamento valido può esser annullato o rivocato in tutto o in parte.

(2) Quantunque discorreremo nel corso di questa sezione dettagliatamente delle formalità particolari a ciascuna specie di testamento, pure non è cosa inutile favellare delle

Regole comuni a tutt'i testamenti.

Queste regole sono le seguenti.

Primo — *Ogni uomo che vuol fare un testamento, deve farlo separatamente, e non con-*

tolo d' *instituzione di erede*, quanto a titolo di *legato*, o con qualsivoglia

---

giuntamente con un altro. I testamenti *congiuntivi*, riconosciuti dalla vecchia legislazione sono ora aboliti, o le stesse divisioni permesse agli ascendenti non possono essere fatte che nelle forme ordinarie de' testamenti: art. 893 e 1032. V. la nota 1, p. 8.

Secondo — *Ogni testamento dev'essere disteso per iscritto*. La l. ult. C. *de testamentis* permetteva di disporre verbalmente, o tutta la pruova della volontà del testatore risedeva nella memoria de' testimoni, donde tanto incertezze o tanti sistemi derivarono nel foro. Era talmente indispensabile che i testimoni avessero inteso le disposizioni del testamento nuncupativo per poterne rendere, dopo la morte del testatore, un conto esatto e fedele, che se qualcuno di essi veniva a morire, prima che questo oggetto fosse adempito, il testamento reputavasi come se non fosse avvenuto: Vinnio nel § 14 Inst. *de testament. ordinand.* Oggi non si mette in controversia che il testamento dev'essere disteso per iscritto, perciocchè l'art. 813 prescrivendo di non potersi testare che *nelle forme stabilite qui appresso*, o l'art. 894 determinando che il testamento non può esser fatto che in forma olografa, per atto pubblico, o in forma mistica, ciascuno di queste specie di testamenti suppone di ridursi l'atto in iscritto. Quindi le disposizioni verbali sono talmente nulle, che non si può deferire all'erede il giuramento di affermare, se era stato incaricato dal defunto del pagamento di un legato. *Frustra probatur, quod probatum non relevat*. Merlin, rep. v. *testament*, 4.° ediz., sez. 2, § 1, art. 2, n. 3; Grenier, *donat.*, n. 224; Duranton, t. 9, n. 11. Vedi la nota 2, pag. 8.

Consegue dalla proibizione di testare verbalmente, che *a fortiori* non si può testare per mezzo di segni. Merlin, rep. v. *suggestion*, § 2; Toullier t. 5, n. 410; Duranton, t. 9, n. 69.

Terzo — *Ogni testamento dev'essere firmato*. La firma di colui che dispone può esser supplita dalla sua dichiarazione di non poter firmare, ne' testamenti per atto pubblico, o in forma mistica, art. 899 e 903; ma i testamenti olografi debbono essere firmati essenzialmente per esser validi, perciocchè ritraendo tutta la loro forza dalla firma medesima del testatore, è della loro essenza di essere scritti per intero di sua mano, art. 895.

Quarto — *Le solennità prescritte dalla legge per le forme de' testamenti sono di ordine pubblico, e non osservate, è necessario che la successione ab intestato abbia il suo corso*: TESTAMENTI FACTIO NON PRIVATI, SED PUBLICI JURIS EST, l. 3, ff. *qui testam facere possunt*. L'omissione di una sola formalità rende il testamento nullo, l. 1, ff. *de injust. rump. irrit. test.* Noi vediamo nella l. 88, § 17, ff. *de leg.* 2.° un chiaro esempio dell'applicazione di questa regola. Lucio Tizio avea fatto un testamento concepito nel seguente modo: « Io » Lucio Tizio ho scritto su questa carta il mio testamento senza soccorso di alcun legale. » Ho seguito, nel distenderlo, i lumi del mio solo buon senso, non curando di una scrupo» losa esattezza; ed ò pensato che se pur contenesse difetti, la volontà di un uomo sano di » mente avrebbe il suo pieno ed intero effetto, como la legge medesima ». Questo testamento fu nondimeno annullato, e gli eredi *ab intestato* ottennero il possesso de' beni. *Quaesitum est, intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt? Respondi* (Scevola), *secundum ea quae proponerentur, posse*. Oggi dovrebbe dirsi lo stesso, poichè le solennità stabilite per la validità de' testamenti sono prescritte a pena di nullità, art. 927.

Quinto — *Un testamento stipulato in una forma la quale, all'epoca della sua compilazione era regolare, è valido e produce il suo effetto, quantunque prima della morte del suo autore, una legge nuova abbia cangiata questa forma e l' abbia rimpiazzata con un'altra*. In tutto ciò che riguarda la forma puramente provante, non avvi altra legge ad osservare, che quella del tempo in cui l'atto viene stipulato, poichè appena stipulato l'atto in una forma provante, non solamente prova di una maniera autentica tutto ciò che contiene, ma il dritto di provarlo gli è irrevocabilmente acquistato. Questo principio ripete la sua sorgente dalla l. 29 C. *de testamentis*, e dal c. 1 della novella 66; e Paolo di Castro sulla prima delle citate leggi si esprime così. *Si hodie*, egli dice, *fiat statutum quod in testamentis servetur certa solemnitas, alias non valeant; si sint aliqua jam facta sine illa solemnitate, nihilominus valebunt, licet testator potuerit mutare et solemnitatem illam servare, quia non arctator ad hoc*. Questo principio insegnato da molti giureconsulti antichi è stato rispettato dagli autori moderni e dalla corte di cassazione di Parigi fin da' primordi della pubblicazione del codice civile, come si rileva dall' arresto profferito nel dì 1.° brumajo anno 13, sulle dotte conclusioni di Merlin, *questions de droit*, v. *testament*, § 15. Chabot (d'Allier) *questions transit.*, v. *testament*, § 1; Toullier, t. 5, n. 382; Grenier, *donat.* n. 197; Duranton, t. 9, n. 16. La medesima dottrina è stata ritenuta dalla Corte suprema di Giustizia di Napoli con arresti de' 26 giugno 1824 (causa *Duca di Sessa e Petroni*), e de' 4 luglio 1826.

Sesto — *Le formalità de' testamenti si regolano, come quelle degli atti in generale, dalla*

altra denominazione atta a manifestare la sua volontà (1).

893. Non si può fare un testamento da due o più persone nel medesimo

---

legge del luogo in cui son fatti. La regola (*) *locus regit actum* è antica, ed è stata generalmente ricevuta nell'antico foro, benchè non fosse stata consacrata da un testo di legge. *Quae autem statuta* (dice Vinnio, Inst. lib. 2, tit. 10, § 14, n. 5) *disponunt circa actus solemnitatem dumtaxat, cum neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed ipsam solummodo dispositionem, quae fit in loco statuti, rationi et juriconsentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quia actuum solemnia ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur*. Pothier, *donat. testament.*, cap. 1, art. 251; Chabot, *quest. transit.* v. *testament*, § 1, art. 2, n. 3; Toullier, t. 5, n. 382 e t. 10, nota al n.° 80.

Settimo — *L'osservanza delle formalità di un testamento non può esser constatata che dal testamento medesimo*. Le pruove estrinseche sono inammessibili, perciocchè le forme de' testamenti non sono solamente prescritte come pruova della disposizione, ma come solennità essenziali alla loro validità. Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, §. 1, art. 4; Grenier, *donat.*, n. 224.

Ottavo. — *Quando cade dubbio sulla osservanza delle formalità prescritte pe' testamenti, la successione deve aprirsi ab intestato*. Le regole trasmesse dalla sapienza de' giureconsulti romani sul favore dovuto a' testamenti, e che le disposizioni dubbiose sieno interpetrate nel senso più proprio a dare a' testamenti qualche effetto, *ut magis valeant quam pereant*, ànno luogo quando i testamenti regolari nella forma, trattasi se non di sapere ciò che à voluto il testatore. Ma quando il dubbio cade sulla regolarità del testamento, siccome il testamento cava tutta la sua forza dalla sua solennità, e che tutta la sua solennità consiste nella esatta osservanza delle forme prescritte dalla legge, è in favore dell'erede legittimo che questo dubbio dev'esser risoluto; perciocchè dal solo fatto ch'è dubbioso se, le forme sieno state bene osservate, nasce la conseguenza ch'è incerto se esiste un testamento; e che in questa incertezza, la successione non può appartenere se non all'erede legittimo. Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 2, art. IV, n. 2.

Nono — *Non si può per la prima volta esporre in corte Suprema capi di nullità non dedotti innanzi a' giudici del merito*. Non si tratta di pronunziare in corte Suprema sulla lite, ma sul giudicato, o come diceva Henrion de Pansey, la domanda in cassazione è una nuova lite, non tra le parti figuranti nella prima, che tra il giudicato e la legge. Or se i giudici del merito non possono ch'esaminare i capi di nullità dedotti, sarebbe sconoscere la organizzazione giudiziaria e l'oggetto della istituzione della corte Suprema, se innanzi a questo collegio si elevassero capi di nullità di un testamento non esaminati da' giudici del merito, per non essere stati dedotti delle parti. Arresto della corte Suprema di giustizia di Napoli de' 13 febbraio 1827 (causa *Marsella*).

(2) Analizzando la disposizione dell'art. 815, osservammo (t. 1. nota 1, p. 367 a 369) come per antico dritto la istituzione di erede era indispensabile per la validità del testamento. *Institutio heredis est caput et fundamentum totius testamenti*. Questa regola che rendeva complicata la legislazione è stata rigettata dal codice. Ogni uomo può oggi disporre con qualunque denominazione di tutti o parte de' suoi beni, e la stessa istituzione di erede non è che un legato universale, art. 928.

Le disposizioni testamentarie possono avere tre oggetti differenti:

1.° Possono concernere il testatore solo: tali sono quelle con le quali determina il modo e 'l luogo de' suoi funerali, il monumento che gli dev'essere eretto, ec.

2°. Quelle che ànno per oggetto di gratificare un individuo, e che prendono il nome di *legati*, art. 929 e 964.

3°. Quelle per effetto delle quali il testatore vuole badare alla esecuzione del suo testamento, o dare altre disposizioni concernenti l'educazione de' suoi figli o l'amministrazio-

---

(*) Questa regola non si applica agli Ambasciatori, i quali nel paese straniero dove adempiscono la loro missione, possono fare il loro testamento nelle forme ammesse dalla legge del loro domicilio. Imperciocchè l'Ambasciatore o ministro pubblico è per principio di dritto delle genti indipendente dalla giurisdizione del paese nel quale risiede. I popoli, dice Grozio (*de jure belli et pacis*) ànno trovato regolare di fare, nella persona degli ambasciatori, una eccezione alla costumanza dappertutto ammessa, di riguardare come soggetti alle leggi del paese, tutti gli stranieri i quali trovansi nelle terre della dipendenza di uno Stato; di tal che, secondo il dritto delle genti, siccome un ambasciatore rappresenta mercè d'una specie di finzione, la stessa persona del suo signore, viene altresì riguardato, per una somiglievole finzione, come fuori delle terre della potenza presso la quale esercita le sue funzioni; e da ciò deriva ch'egli non è tenuto di osservare le leggi civili del paese straniero dove dimora in ambasceria. Convengono in questo principio la gran glosa nelle l. 13, § 1, ff. *qui testamenta facere possunt*, Gotofredo su detta legge, e cita Bartolo, Ferret e Cajacio; Ubero *de jure civitatis*, lib. 3, cap. 8, § 4; Erzio *de collisione legum*, sez. 4, § 10 e 31; Vattel *droit des gens*, lib. 4, cap. 8, § 110 e seg.; Voet, *ad pandectas*, lib. 28, tit. 1, n. 14.

V. l'art. 1051.

atto, sia a vantaggio di un terzo, sia a titolo di disposizione scambievole e reciproca (1).

Per i testamenti privilegiati, v. gli art. 907 e seg.

984. Un testamento può essere *olografo*, o fatto *per atto pubblico*, o *in forma mistica* (2).

---

ne del suo patrimonio. Così il testatore può nominare uno o più esecutori testamentarii, art. 980; può il padre nominare con testamento un tutore, ed alla madre de'figli un contutore, art. 313, e 319; può riconoscere un figlio naturale nel testamento (t. 1, nota 3, p. 80); può riconoscere un debito nel testamento, l. 27, ff. *de probat.*

Tutte le cose di sopra discorse possone formare oggetto di una disposizione di ultima volontà, e per la validità non è necessario che l'atto porti espressamente la menzione che il disponente abbia inteso fare un *testamento*, ma basta *qualunque denominazione atta a manifestare la volontà del disponente*. In effetti si giudica della natura degli atti non dalla qualificazione che lore si dona, ma dalla loro sostanza: Grenier, *donat.*, n. 224. Bisogna però che, sotto qualunque rapporto si consideri l'atto, non si possa riconoscere altra cosa che un testamento, *id quod est, et non aliud*, secondo il linguaggio de' dottori. Grenier, *donat.* n. 224; Toullier, t. 5, n. 356 e 379.

Qualunque sia la denominazione che si dia all'atto, non bisogna perdere di mira, che il testamento dev'essere l'opera della sola volontà del disponente: non si può far dipendere un legato dalla volontà di un terzo, o da quella dell'erede, l. 52, ff. *de condict.*, l. 32, ff. *de hered. inst.* Domat., lib. 3, tit. 1, sez. 1, n. 8; Toullier, t. 5. n. 348.

(1) L'antica legislaziono permetteva a più individui di testare col medesimo atto. Il testamento chiamavasi *congiuntivo*, quando la disposizione era fatta a favore di un terzo: si denominava *mutuo*, allorchè i testatori si facevano reciprocamente de' legati.

Questa maniera di disporre presentava de'seri inconvenienti, e gli annali dell'antica giurisprudenza offrono de'giudizi strepitosi agitati su' testamenti di simile natura: Voet *ad pandectas*, lib. 28, tit. 3, n. 11. L'ordinanza del 1735 vietò in Francia i testamenti *congiuntivi*, e li permetteva in favore de'figli, allorchè erano concepiti in forma di divisione; od in favore de'conjugi ne'paesi dove questi ultimi potevano farsi donazioni scambievoli a causa di morte. Il codice civile colpì di divieto assoluto i testamenti congiuntivi, art. 968 (893), ed ascoltiamo Bigot Préameneau ne' motivi. « Un testamento non potrà » esser fatto unitamente e nel medesimo atto da due o più persone, sia a profitto del ter» zo, sia a titolo di donazione reciproca. Conveniva evitare il far nascere la varietà di giu» risprudenza ch'ebbe luogo nella quistione di sapere, se dopo la morte di uno de'testato» ri poteva venir rivocato dal sopravvivente. Permettere la rivoca, è un violare la fede » della reciprocità; dichiararlo irrevocabile, è un cangiar la natura del testamento, che » in questo caso non è realmente un atto di ultima volontà. Conveniva impedire una for» ma incompatibile tanto con la buona fede, che colla natura de' testamenti » Locré 5, p. 329, n. 55.

I testamenti congiuntivi fatti prima del codice civile, quando le leggi e gli usi li autorizzavano, debbono ricevere la loro piena escuzione, quantunque i testatori sieno sopravvissuti al Codice, che vieta questa forma di disporre. La ragione si è che (giusta i principi stabiliti nella p. 6, n.° quinto) le forme stabilite dal codice non pregiudicano i testamenti fatti sotto l'impero delle leggi antiche. Merlin, *quest. de droit.* v. *testament conjunctif*, § 2; decisioni de' Tribunali di Francia in Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.*, c. 6, sez. 2. Decisione della Corte Suprema di Giustizia di Napoli de' 25 gennajo 1842 (causa *Lamberti*).

Si è dubitato se la disposizione dell'articolo in esame sia applicabile ai testamenti olografi; ma si è deciso affermativamente, si perchè i motivi che ànno vietato i testamenti congiuntivi, sono applicabili a qualunque specie di testamento, si perchè l'art. in esame è generale e più particolarmente si applica a'testamenti olografi: Decisione della Corte reale di Bruxelles de' 18 luglio 1822, in Dalloz, ibid.

(2) Le formalità sì intrinseche che estrinseche, stabilite dal dritto romano (*) per i testamenti nuncupativi e scritti, furono ricevute nel nostro regno. Se non che la prammatica seconda *de contract.* del 1571 stabilì, che per avere i testamenti pronta esecuzione dovea intervenirvi un pubblico notaio o giudice a contratti dall'autorità regia nominato. Mancandovi l'autorità del notaio e del giudice cartolario, valeva il testamento, ma non essendo pubblica scrittura, era soggetto a giudizio ordinario.

Il nuovo codice riconosce tre forme di testamenti: possono essere *olografi*, *per atto pub-*

(*) Per avere una rapida esposizione sulle diverse maniere di testare ch'eransi succedute presso i romani, vedi Einnecio *recit.*, tit. *de testamentis ordinandis*, e la dissertazione di Mailhe inscrita nelle quistioni di dritto di Merlin, v. *testament*, § 17.

895. Il testamento olografo non è valido se non è scritto interamente, datato e sottoscritto di propria mano dal testatore: questo testamento non è soggetto ad alcun' altra formalità (1).

V. l'art. 925.

---

blico, o in forma *mistica*: negli art. seguenti sono stabilite le formalità speciali per ciascuna di queste specie di testamenti.

L'origine de' testamenti olografi sarà esposta nella nota seguente: ànno per oggetto di lasciare al testatore il vantaggio di scrivere nel suo gabinetto e di tener segreta la sua volontà. *Olografum testamentum est manu auctoris totum conscriptum atque subscriptum, unde et nomen accepit, graeci enim* OLEN *totam et* GRAPHEN *literam dicunt*: Isidoro da Serville, *Origin.*, lib. 4, cap. 24.

Il testamento per *atto pubblico* è surrogato all'antico testamento *nuncupativo*, ed à per oggetto di procurare a coloro che non sanno scrivere la facoltà di disporre, e d'imprimere alla volontà di coloro che usano questa forma di testamento, il carattere dell'autenticità e la pronta esecuzione, appena seguita la morte.

Il testamento *mistico* o *segreto* somministra a coloro che non possono scrivere, e anche a chi sapendolo, vuole tener segrete le sue disposizioni ed imprimervi l'autenticità, il vantaggio di non rendere note le disposizioni testamentarie, che dopo la morte.

(1) Dovendo noi discorrere le formalità proprie de' testamenti olografi, l'importanza del subbietto ci obbliga di trattare in due distinti §: 1.° La origine del testamento olografo; 2.° Le forme del testamento olografo. Discorreremo nelle osservazioni all' art. 930 della pruova e verificazione, del carattere, degli effetti ed esecuzione de' testamenti olografi.

I.

Origine del testamento olografo.

I. Quando in Roma la volontà del padre di famiglia veniva osservata come una legge, e la facoltà di testare dipendeva dalla potestà legislativa de' padri di famiglia (v. la nota 1, pag. 362, t. 1.), era ignota la maniera di disporre per testamento *olografo*, perciocchè il testamento dovea aver luogo ne' modi solenni, come la confezione delle leggi. Ma refrenato il potere paterno, e quando l'equità pretoria introdusse il *testamento pretoriano*, per la formazion del quale, solo si richiedeva la presenza di sette testimoni che doveano apporvi il loro suggello, ne avvenne che anche per via di cenni potevasi testare, così che per i fedecommessi e per i legati bastava la certezza della volontà e null'altro; l. 88 e 89 ff. *de legat. 2°*, *l. 37*, § 6, ff. *de legat. 3*, l. 22, C. *de fideicom.* Così ebbe origine il testamento olografo, ed una novella dell' imperadore Valentiniano, ch'è inserita nel codice Teodosio, ammette espressamente il testamento olografo per qualsivoglia maniera di disposizione, sia di fedecommesso, sia di legato, sia d' instituzione di erede. Egli è vero, che questa legge fu rivocata dalla novella 9 di Teodosio, donde è stata cavata la legge *hac consultissima* 21, C. *de testamentis*, la quale stabilisce la necessità de' testimoni anche nelle disposizioni di ultima volontà scritte di proprio pugno del testatore; ma Giustiniano con la novella 107, c. 1, ammise l' uso de' testamenti olografi nel caso speciale de' testamenti degli ascendenti *inter liberos*: l'intervento de' testimoni nel testamento olografo non era richiesto, quantunque abili interpetri avessero sostenuto che senza l' intervento de' testimoni il testamento fosse nullo. V. Domat, parte 2, lib. 2, tit. 1, sez. 1.

Il testamento adunque *inter liberos* era il solo olografo riconosciuto per dritto Giustinianeo, come à dimostrato Cujacio *observat.* in tit. *de testamentis*. Bastava che fosse scritto e sottoscritto *manu testatoris*. Ma era altresì necessario che l' olografo fosse stato datato dal testatore? Il dritto romano per i testamenti solenni non contiene nulla di preciso sulla quistione di sapere, se la mancanza di data renda un testamento nullo. Cujacio nel comentario alla l. 20, ff. *qui testamenta facere possunt*, riferisce un frammento del giureconsulto Modestino, dove dicesi che l' omissione del giorno e dell' anno della formazione del testamento, non reca alcun ostacolo alla sua validità: *cum in testamento dies et consul adjecti non sunt, nihil nocet, quominus valeat testamentum;* onde conchiude Cujacio: *sed si dies in testamento non fuerit adscriptus, non ideo minus testamentum valet.* Le medesime riflessioni fa Gotofredo nella nota 5a alla l. 2, ff. *testam. quemad. aperiuntur*. Per altro Voet, *ad pandectas*, lib. 28, tit. 1, n. 25 sostiene, che nel concorso di più testamenti solenni la mancanza di data li rende nulli.

In quanto però a' testamenti olografi, la novella 107 richiede, *primum quidem ejus subscriptione* TEMPUS *declaret*; ed il capo 1 della novella 45 spiega, che negli atti si segnasse l'anno dell' impero di ciascun sovrano, per secondo i consoli, e per terzo *indictionem*,

mensem et diem: sic enim per omnia tempus servabitur; così che molti giureconsulti, tra quali Domat, parte 2, lib. 2, tit. 1, sez. 1, traducono la parola *tempus* per *data*, ed Einnecio, *recit.*, § 509, ritieno espressamente che per data deve intendersi la menzione del mese, dell'anno o del giorno. Per altro nel foro regnavano delle incertezze in siffatta materia, e molti sostenevano che la mancanza de'solenni nel testamento olografo non rendeva nullo il testamento. Possono vedersi i ragguagli di questa discussione in Cancerio *variar. resolut. jur.* cap. *de testam.* n. 107; Mantica *de conject. ult. volunt.*, lib. 6, tit. 2; de Ponte, *cons.* 46; Cardinal de Luca, lib. 1.° *de testam.*, dis. 16, e dottor. volg. lib. 9 *de testam.*, cap. 2, n. 2; Sorge, *juris. forens.*, t. 6, c. 38, n. 6; Stryckius, vol. 2, *disput.* 19, cap. 3, § 1; Harprecht, *Institut.*, lib. 2, tit. X, num. 193.

II. In Francia regnavano le medesime incertezze, e molte antiche decisioni (riferite da Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 1, art. 6) avevano ritenuto per vero, che la data non era necessaria ne' testamenti olografi. Tanto variazioni nella giurisprudenza richiamarono l'attenzione del legislatore, che con l'art. 38 dell'ordinanza del 1735 (compilata dal celebre d'Aguesseau) stabilì, che « qualunque testamento, codicillo, atto di divisione tra » figli e discendenti, od altre disposizioni a causa di morte, in qualunque forma che sieno » fatti, conterranno la data del giorno, del mese e dell'anno, e ciò ancorchè fossero olografi. »

Quando in Francia si compilò il codice civile, si volle render comune a tutto il regno la forma de' testamenti olografi ammessa precedentemente all'ordinanza del 1735 ne' paesi governati dal dritto scritto e per le disposizioni *inter liberos*. Il consiglio di Stato (Locré t. 5, p. 261, n. 18) tenendo presente l'ordinanza del 1735, adottò in principio, che la forma del testamento olografo sarebbe ammessa come regola comune per tutte le disposizioni, ed in questo senso è stato redatto l'art. in esame.

II.

Delle forme del testamento olografo.

I. Per esser valido il testamento olografo dev'essere interamente scritto, datato e sottoscritto dal testatore, dice l'art. in esame. La pena di nullità è ripetuta dall'art. 927 nel caso d'inosservanza delle formalità testamentarie.

Non debbesi dedurre da ciò, che ogni atto rivestito di queste qualità estrinseche sia un testament'olografo. L'atto dev'essere in sostanza un vero testamento, o in altri termini, deve riconoscervisi la disposizione che fa il testatore, nel tempo in cui non esisterà più, di tutti o parte de' suoi beni, art. 815. Voet, *ad pandectas*, tit. *de mortis causs. donat.*, n. 1, Menochio *de presumptionibus*, lib. 3, cap. 36; Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 4. art. 2; Toullier, t. 5, n. 379; Grenier, *donat.*, n. 224; Duranton, t. 9, n. 43; Dalloz, *rec pér.*, 1825, 2, 63, e 1826, 2, 178.

Quando adunque l'atto contiene in sostanza una disposizione di ultima volontà, ed è scritto, datato e sottoscritto dal testatore, è un vero testamento olografo, senza esser soggetto ad altre formalità. Quindi:

1.° Un testamento può esser fatto in forma di lettera missiva; l. 22, Cod. *de fideicommissis*; Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 1, art. 5; Toullier, t. 5, n. 378; Grenier, n. 228, 8; Duranton, t. 9, n. 26; Decisione della cass. di Parigi de' 24 giugno 1828, Sirey, 28, 1, 434:

2.° Può esser scritto un testamento olografo in lingua straniera; l. 21, § ult., e l. 15, C. *de testam.* Toullier, t. 8, n. 100.

3.° Può essere scritto in carta libera: questa verità insegnata da tutt' i dottori è rifermata dal decreto del 5 ottobre 1818, e dall'art. 26, n. 1.° della legge sul bollo de' 2 gennajo 1820.

4.° Il testamento olografo può essere scritto in più originali; § 13, Inst. *de testam. ordin.*, l. ult., ff. *de his quae in testam. delent.*

5.° Se nel testamento olografo il testatore chiama de' testimoni da' quali fa sottoscrivere l'atto, affinchè non si alterassero le sue disposizioni, Merlin, (rep. v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 2, num. 11) riferisce una decisione del Parlamento di Fiandra, che dichiarò il testamento nullo pel mescuglio di forme estranee alla natura de' testamenti olografi. Ma pare che sotto l'impero del codice dovesse ritenersi la validità di questo testamento, perciocchè se l'intervento del legatario nel testamento non vizia il legato (t. 1, nota in princ. alla p. 369), come potrebbe viziare l'olografo testamento l'intervento dei testimoni? D'altronde la massima *utile per inutile non vitiatur* riceve tutta la sua applicazione.

in presenza di due testimonj, o da un notajo in presenza di quattro testimonj.

V. gli art. 895 e 927.

6.° Il testatore può depositare il testamento olografo presso un notajo.

II. Stabiliti questi principj, passiamo a sviluppare i motivi delle formalità stabilite dall'art. in esame per la validità de' testamenti olografi, e ciò che la giurisprudenza à assodato in siffatta materia.

Il testamento dev' essere scritto dal testatore.

1.° La legge richiede questa formalità, perciocchè sia certo che la disposizione testamentaria derivi dalla volontà libera del testatore, nè possa da altri essere alterata. L'art. in esame energicamente dice *scritto per intero*, donde consegue che una sola parola vergata da mano estranea annullerebbe il testamento, perchè non sarebbe più l'opera del testatore. Pothier, *donat.* e *testament*, cap. 1, art. 2, § 2; Merlin, rep., v. *testam.*, sez. 2, § 4, art. 3; Grenier, *donat.*, n. 128; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, noto 185; Toullier, t. 5, n. 357 e 358; Dur. t. 9, n. 27. Ma osservono acconciamente i citati autori, che una parola di mano aliena, perchè operasse la nullità del testamento, bisognerebbe avere la certezza che questa parola ne faccia parte: come, per esempio, se il testatore avesse approvato al margine o alla fine dell'atto la parola interlineata; altrimenti potrebbe una terza persona, in potere della quale fosse caduto il testamento, annullarlo, interlineandovi qualche parola.

2.° Le citazioni, le giunte, le postille, le rasure non viziano il testamento olografo, purchè dall'insieme dell'atto non si rilevi che il testamento dovesse considerarsi come un progetto abbandonato dal suo autore. I tribunali ànno un potere d' interpetrazione e di valutazione, e le loro decisioni sfuggono la censura della Corte Suprema. Grenier, n. 228; Toullier, t. 5, n. 360; Arresto della Cass. di Parigi del 29 aprile 1824, in Dalloz, v. *dispos. entr. vifs et testam.*, cap. 6, sez. 3, art. 3, § 3.

3.° Le rasure e le postille non ànno bisogno di approvazione, perciocchè le disposizioni dell'art. 25 della legge *sul notariato* de' 23 novembre 1819 non si applicano a' testamenti olografi; Toullier, t. 5, n. 359; Duronton, t. 9, n. 28 e 29; Arresto della Corte Suprema di Giustizia di Napoli del 27 luglio 1824 (causa *Franchini* e *Franchini*). Per altro è a notarsi, che la Corte Suprema di Giustizia di Napoli, con arresto del dì 13 settembre 1838 (causa *Mascioli* e *Guglielmi*) decise, che la postilla in un testamento olografo con cui modificasi e rivocasi quest'atto in parti essenziali, non è efficace, se manchi della firma del testatore.

Della data ne' testamenti olografi.

La data è indispensabile per conoscere, se all'epoca della testamentifazione avea il testatore la capacità, e quale, nel concorso di più testamenti, debbe riputarsi l'ultimo e prevalere sull'altro.

Abbiamo nel § precedente, p. 9, discorso la storia della data ne' testamenti olografi. Ci rimane qui a sviluppare quanto la giurisprudenza à assodato in quanto alla data.

Primo — *Che s' intende per data.* L'ordinanza del 1735 precisava per la *data* l'indicazione del giorno, mese ed anno. Il codice si limita a dire che il testamento olografo dev'essere *datato*. « Questa differenza (dice Toullier t. 5, n. 362) tra la compilazione del » codice e quella dell'ordinanza del 1735, che i compilatori aveano sotto occhi, ci sem» bra indicare che si abbia voluto lasciare a' giudici una maggiore latitudine, quando deb» bono pronunziare sugli errori e sulle omissioni che sfuggono per inavvertenza nelle da» te, e che spessissimo non sono sufficienti per annullare un testamento; per esempio, se il » testatore avesse apposto la data di *Martedì nove maggio*, quantunque il Martedì fosse il » dì 8; se avesse omesso nella data una parola o una cifra, che si potesse facilmente supplì» re, e se vi avesse *scritto mille otto undeci*, invece di *mille ottocento undeci*. »

Da questo principio la scuola francese à stabilito la massima, che l'errore nella data (come or ora vedremo) non vizia il testamento, ma la omissione di uno degli elementi della data, del giorno cioè, del mese o dell'anno sarebbe causa di nullità. Così se un testamento dicesse: *fatto in dicembre 1830* sarebbe nullo, perchè per mancanza della indicazione del giorno non può dirsi esservi la *data* nel testamento; Arresti della cass. di Parigi de' 18 piovoso anno 13, e de' 6 gennajo 1814, in Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 1, art. 6; *questions de droit*, § 16; Toullier, t. 5, n. 362 e 365; Duranton, t. 9, n. 30; Grenier, n. 226 *bis*. Decisioni della Cass. di Parigi del 2 marzo 1830, 18 gennajo 1831, 2

V. l'art. 927.

897. Se il testamento si riceva da due notaj, verrà loro dettato dal testatore, e sarà scritto da uno di questi notaj tal quale gli vien dettato.

marzo e 29 maggio 1832, 9 maggio 1833, 15 gennajo 1834, 21 febbrajo 1837, 3 gennajo 1838, 9 gennajo 1839 in Sirey.

Si è intanto non à guari agitato fortemente ne'tribunali del regno una quistione sul senso della parola *data*. Un testamento olografo diceva: *l'anno 1833, nel mese agosto*. Si domandò la nullità di questo testamento, perciocchè mancando la menzione del giorno, non dovea considerarsi come *datato*. Il Tribunal civile di Catanzaro dichiarò valido il testamento con sentenza de'21 gennajo 1841, per i seguenti motivi.

« Atteso che *data* nel senso ampio ed esteso significa il tempo in cui un'operazione è » avvenuta, un atto è stato rogato. Ed in questo senso à parlato il legislatore allorchè à » sanzionato l'art. 895. Quando poi à voluto una maggiore precisione à chiaramente espresso di quali indicazioni deve costare la data, cioè di giorno, mese ed anno, come nel» l'art. 155 p. c. Ora parlando di testamenti olografi, essendosi contentato di dire, che deb» bono contenere la *data* senza altra aggiunta, à inteso parlare nel senso ampio; ed à » lasciato alla prudenza del magistrato esaminare, se vi sia segnata una data certa non » equivoca, non soggetta ad altri inconvenienti. Conosceva il legislatore l'importanza di » questa formalità, e non ignorava le quistioni agitate sul proposito, e ciò non ostante à » taciuto. Nessuna poi disposizione precisa di legge prescrive, che ne'testamenti olografi » la data deve costare di giorno, mese ed anno. Il volere sostenere dunque che il testa» mento olografo mancante della indicazione del giorno sia nullo, sarebbe aggiungere o » creare una nullità che il legislatore non à fulminato. In materia di nullità non si può » uscire da' stretti e precisi termini della legge, ed il magistrato non deve allontanarsene » ed invocare autorità straniera. Ed ove mancano soltanto le nostre leggi, si può ricorre» re alle leggi romane ed alle antiche leggi patrie. Ora anche l'antica giurisprudenza avea » stabilito la massima, che la mancanza del giorno ne'testamenti privilegiati non produce» va la nullità, quando era unico il testamento, nè vi era sospetto di falsità, e ciò sull'ap» poggio della novella 107 ».

Questa sentenza fu giustamente rivocata dalla Corte di appello di Catanzaro con decisione de'18 dicembre 1841, pe'seguenti motivi.

« Atteso che con la parola *datato* la legge à voluto che nel testamento olografo vi fos» se designato anche il tempo preciso della sua formazione, onde assicurare il fatto della » disposizione in un modo stabile e non sottoposto alla incostanza di alcun particolare con» vincimento.

» Atteso che nel testamento in parola, vi si legge la data dell'anno e del mese, non vi » si trova però quella del giorno. Manca dunque la precisione dalla legge comandata, e » non può sussistere per i suoi fini sapientissimi senza la complessiva indicazione del gior» no, del mese e dell'anno. Le parole della legge debbono intendersi in un senso comple» to e perfetto, e non in un senso male corrispondente alla materia che ànno inteso di re» golare. La data del giorno è senza dubbio necessaria ne'testamenti olografi, onde ovvia» re alle incertezze eventuali sulla capacità di testare, per ben risolvere sulla preferenza » dell'uno o dell'altro testamento, se non un solo, ma se più se ne fossero trovati. Ciò ve» ro è anche certo, che non può supporsi di essere stata l'indicazione del giorno dalla leg» ge trascurata, ma invece si debbe a ragione credere che si trovi compresa nella voce » *datato*, seguendo gli usi e le intelligenze comuni. Non è esatto d'altronde il supporre, che » in quanto all'estensione di tale parola, si fosse la legge rimesso all'arbitrio del magistra» to, richiedendosi cioè in un caso ciò che non si sarebbe richiesto in un altro. La legge » racchiude sempre disposizioni generali. I casi particolari non possono risolversi che col» la generalità delle sue sanzioni. Non è permesso perciò di ammettere delle distinzioni e » delle eccezioni che la legge non riconosce, quando anche di rado potesse verificarsi l'in» conveniente che à voluto prevenire. Se si volesse inoltre credere oscuro ciò che per al» tro è luminoso, si dovrebbe dire che le nuove leggi si spiegano con le antiche, ed in » tal caso non dubitandosi che l'ordinanza del 1735 esigeva espressamente la data del » giorno, del mese e dell'anno, si dovrebbe conchiudere che questa triplice indicazione » è stata dal nuovo legislatore racchiusa nella voce *datato*. Non avendo poi la legge nel» le altre sue diverse sanzioni descritta la data degli atti in cui il senso sia meno comple» to, niuna ragione se ne può desumere per attribuire questo senso alla data da'testamen» ti olografi. Si è solo preteso di sostenere che non trovandosi nella legge specificato il mo» do come debbono essere i testamenti olografi datati, si poteva supplire o si è sovente sup» plito alle irregolarità ed all'errore della data dagli equipollenti, ma nel testamento in » esame si è affatto omessa la data del giorno. Non si può dire dunque mal datato, ma sen» za data a tal riguardo, e quindi non può il magistrato senz'abuso dichiarar valido, ciò » che il legislatore dichiara nullo ».

Se non vi sia che un solo notajo, debbe egualmente essere dettato dal testatore, e scritto da questo notajo.

Questa decisione fu impugnata di ricorso per annullamento, ma la Corte Suprema non à profferito decisione sulla controversia per avere le parti transatta la lite. Noi troviamo conforme alla legge la riferita decisione, ed agli argomenti presentati dalla corte ne aggiungiamo due, che ci sembrano decisivi:

1.° La *data* comprende nel linguaggio comune (*) la menzione del giorno, del mese e dell' anno, e nel corpo del dritto si adoperano indistintamente la voce *data*, o pure quelle del giorno, del mese e dell' anno. Così nell' art. 13 della legge sul *notariato* si prescrive come regola generale degli atti autentici, che debbono far menzione del giorno, mese ed anno, e soggiunge l'art. 12 che il notajo nel rilasciare copia dell' atto autentico deve imprimervi di proprio pugno la *data*. Or chi non vede che la *data* di cui è parola negli art. 1, 12, 27, riferendosi alla menzione dell' anno, mese e giorno, il legislatore intende per *data* la menzione del giorno, mese ed anno? Che anzi l'art. 23 della stessa legge spiega l'intelligenza della parola *data*, poichè dice *negli atti* LA DATA *del giorno*, *mese ed anno si scrive in lettere*—Nel numero 2 dell' art. 1290 il legislatore considera la trascrizione di un atto ne' registri pubblici come un principio di pruova per iscritto, quando dal repertorio del notajo apparisca che l'atto fu fatto nella medesima *data*, ossia nel medesimo giorno, mese ed anno. Nell' art. 2042 si prescrive, che nella iscrizione deve farsi menzione della *data* del titolo, e come il titolo che partorisce ipoteca dev'essere autentico, egli è chiaro che per *data*, intende il legislatore il giorno, mese ed anno—Negli art. 109, 121, 131, 132, 136 delle leggi di eccezione per gli affari di commercio si stabilisce che la girata ed accettazione deve contenere la *data*. Altra cosa è dunque la *data* che la indicazione del giorno, mese ed anno?

2.° Nell'antico patrio dritto, è vero che molti scrittori (v. le p. 11 e 12) opinavano che il testamento privilegiato era valido, benchè mancasse la menzione del giorno in cui fu fatto; ma queste incertezze derivavano da che il dritto romano non richiedeva ne' testamenti solenni la data, e la novella 107 in ordine a' testamenti privilegiati *inter liberos*, non definiva in modo preciso la menzione della data. D'altronde l'esercizio della patria potestà ed il favore delle successioni testamentarie rendevano il testamento privilegiato meritevole di tutte le considerazioni, constando della volontà del defunto. Ma oggi che il testamento olografo non è più un privilegio, ma un modo comune a tutt'i disponenti, i solenni prescritti sono di ordine pubblico, e trattandosi d'invertire l'ordine successorio dalla legge stabilito, non si può al testamento dare esecuzione, che quando è rivestito di tutte le formalità.

— Quantunque il testamento olografo fosse un atto privato (nota all'art. 933,) pure fa fede della sua data, come gli altri testamenti. Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 7, n. 1; Grenier, n. 228; Toullier, t. 5, n. 58 e 377; Delvincourt, l. 3, tit. 4 nota 186; Duranton, t. 8, n. 166, e t. 9, n. 47.

— Egli è notevole che la *data* non deve contenere la indicazione del luogo, e d'altronde questa indicazione non menerebbe ad alcuna conseguenza, poichè il testamento olografo può per l'art. 925 esser fatto in tutt'i luoghi. Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 1, art. 6, n. 7; Grenier, *donations*, n. 227; Toullier, t. 5, n. 367; Duranton, t. 9, n. 23. Decisione della Cass. di Parigi del 6 gennajo 1814, in Dalloz, v. *disposit entre vifs et testament*., cap. 6, sez. 3, art. 2. Decisione della Corte di Bordeaux, del 26 gennajo 1829, Siroy, 29, 2, 263.

— La data del testamento olografo può esser fatta in cifre. Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 1, art. 6, n. 3; Grenier, n. 226 e 228 bis; Toullier, t. 5, n. 366; Duranton, t. 9,

---

(*) La parola *data* nel linguaggio comune non è che l'indicazione complessiva del giorno mese ed anno. Nel linguaggio puro latino non trovasi la parola *data*, e dal glossario di DU CANGE rilevasi che questa voce s'incontra per la prima volta nelle scritture de' tempi barbari: *datare* egli dice, *est annum et diem literis adscribere*, perchè nella indicazione del giorno comprende quella del mese. Questo grande erudito c' insegna altresì, donde il vocabolo *data* abbia avuta l' origine. Allorchè, egli dice, le costituzioni degl' imperadori romani venivano spedite a' prefetti del pretorio, o ad altri magistrati provinciali, notavasi il giorno, in cui venivano *date* o sia consegnate a coloro che doveano portarle: notavasi al pari quello, in cui eran ricevute. Quindi spesso nelle costituzioni si legge *data tali die: accepta tali die*. L' indicazione adunque del giorno è compresa nella parola *data*, come anche rilevasi da' dizionari. Bailey nel *dizionario etimologico universale* spiega la parola *data* « *data* è lo scritto ch' esprime il *giorno* del mese e l'anno, in cui una scrittura, una moneta ec. è stata fatta ec. » Baretti nel dizionario italiano ed inglese, Gattel nel dizionario spagnuolo e francese e nel dizionario universale della lingua francese, Richelet, Boist, ec. comprendono nella data l' indicazione del giorno. Il vocabolario della Crusca intende per *data* « quelle parole o numeri ch' esprimono il tempo e 'l luogo, in cui si fece un contratto, si spedì una patente, si scrisse una lettera ec. »

Nell'uno e nell'altro caso se ne dee far la lettura al testatore in presenza de' testimonj.

---

n. 31; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 186; decisione della Corte di Nimes de' 20 gennaje 1810, in Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.*, cap. 6, sez. 3, art. 3; della Cassaziene di Parigi del 6 gennaje 1814, Dalloa, ibid; della Corte di Bordeaux del 26 gennaje 1829, Sirey, 29, 2, 263. Arresto della Corte Suprema di Giustizia di Napoli de' 25 nevembre 1841 (causa *Rocca* e *Melissani*).

Secondo — *Errori nella data*. L'errore nella data non produce la nullità del testamento, quande l'errore può esser sanato con termini equivalenti, e vi sia il concorso delle seguenti condizieni: 1°. Che la falsità della data sia evidentemente il risultato di un errore; 2.° che l'errore sia involontario e l'effetto dell' inavvertenza o del casó; 3.° che gli elementi costitutivi della vera data si trovino nello stesso testamente; 4.° che i termini equivalenti presentino la prueva completa del gierno, mese ed anne, in cui fu fatto il testamento. Con questa guida la giurisprudenza à ritenute, che se l'errore è per antidata, il testamento è valido. Un testamente diceva *15 luglio mille otto quattordici*, ed era evidente che la parola *cento* essendo per errore omessa, la Cass. di Parigi con arresto del 2 marze 1830 ritenne valido il testamente. Un altro testamento avea per data il *mille cento sedici*, e con arreste del 19 febbrajo 1818 fu ritenute valido, perchè era evidente l'errere, velende il testatore dire 1816. Ma queste decisioni rendute nel caso in cui vi era antidata, sono egualmente applicabili al caso di *post-data*, cioè a dire quando si trova una data posteriore al testamento? Per esempio, se il testatore morisse in maggio 1843, lasciando un testamente datate in dicembre delle stesso anne; e pure se morisse nell'aeno 1843 lasciando un testamento datato nell'anno 1844, si devrebbe considerare la data erronea, in mede da non annullare il testameete? Ne, si deve allera pensare che il testatore padrone di ritardare l'effette delle sue disposizieni, à veluto sospenderle fine al gierne indicato nel testamento: *non intendebat ante testari*. Potrebbere per altro le circostanze far ritenere, che la postdata sia il frutte dell'errore, ed il legatarie devrebb'essere ammesse a provare l'errore. Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, §. 1, art. 6, n. 6; Toullier, t. 5. n. 362 a 364; Grenier, n. 228 bis; Duranton, t. 9, n. 35 e 36.

Ma se la data di un testamento olografo fosse incerta, allora non potrebbe dirsi di esservi errore: l'incertezza della data annullerebbe l'atte. Non vi è differenza tra una data incerta ed una data emessa, come abbiamo precedentemente dimostrato, p. 11 a 13.

Nen dovrebbe però considerarsi come incerta la data, quande nel testament'olografo trovasi in principie ed in fine: se la seconda si ripete (con l'espressione *dato nel soprascritto giorno*), ma che non corrisponde alla prima, o che trovasi rasa ed accomodata alla prima, il testamento in questo caso non è nulle, perchè prendende la seconda data come incerta, rimane la prima: la seconda data non era necessaria. Lo stesso deve dirsi, se il testamente avesse due date, una in principio ed un'altra in fine, poichè non può impedirsi al testatore d'impiegare più giorni a distendere la sua volontà. Grenier, n. 228; Merlin, *questions v. testament*, § 16; arresto della Cass. di Parigi, in Dallez, ibid; Arresto della Corte Suprema di Giustizia di Napoli del dì 11 giugno 1842 (*causa Serio*).

Terze — *Luoge in cui dev' essere posta la data*. Non avende la legge determinata il luoge che deve occupare la data, può trovarsi nel cerpo, nel principie, o nella fine. Merlin, rep. v. *testament*. sez. 2, § 1, art. 6, n. 3; Toullier, t. 5, n. 369; Duranton, t. 9, n. 32.

Egli è però da osservarsi, che la data non può esser posta depo la sottoscrizione, perchè il testatore deve certificare con la sua sottoscrizione, non solamente che à scritte un testamento di sue proprio pugne, ma che l'à ancora datate. Per altre, se la data seguisse immediatamente la sottoscrizione (come p. e., se il testatore dicesse, *fatte da me N. N. nel dì 20 febbrajo 1843*), il testamento non sarebbe nullo, secondo che opinano molti scrittori: Toullier, t. 5, n. 375; Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 1, art. 6; Grenier, n. 227, 7.°; Arreste della Cass. di Parigi del 10 marzo 1829, Sirey, 29, 1, 231. Duranton, t. 9, n. 32.

Le postille al margine, come abbiamo osservate, non debbono essere datate e sottoscritte. Ma se dopo la sottoscrizione aggiunga il testatore altre disposizioni, queste debbon esser datate, altrimenti sone nulle; la nullità però di queste disposizioni non posson recar pregiudizio alla validità di quelle datate: *utile per inutile non vitiatur*. Avvertono intanto giustamente i dottori, in quanto alle seconde disposizioni, che se qualche volta dal contenute e dal luogo delle seconde disposizioni apparisca di essersi scritte nello stesso giorno delle prime, debbesi presumere che così sia stato in effetti, quindi considerarle come formanti un solo e medesimo testamento, ed applicare all'intero atto la massima generale che ba-

Di tutto si dee fare espressa menzione (1).

898. I testamenti per atto pubblico, oltre alle indicate solennità loro pro- V. l'art. 927.

---

sta di essere un testamento datato nel suo contesto, senza esser necessario che lo sia alla fine. Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 1, art. 6, n. 5; Toullier, t. 5, n. 371; Grenier, n. 226; Duranton, t. 9, n. 34.

III.

Della sottoscrizione de' testamenti olografi.

I. *Oggetto della sottoscrizione.* — La sottoscrizione è una formalità essenziale e che è comune a tutti gli atti; è dessa che conferisce allo scritto il carattere di *atto*, così che fino alla sottoscrizione non è che un semplice progetto. Non è necessario però di far menzione dell'adempimento della sottoscrizione: l'art. 899 l'esige ne' testamenti per atto pubblico, e non avendo richiesto la menzione dell'adempimento della sottoscrizione ne' testamenti olografi, basta per la validità la sottoscrizione. Toullier, t. 5, n. 372; Grenier, n. 228.

II. *Luogo della sottoscrizione.* — La legge non prescrive il luogo della sottoscrizione; pur tuttavia è naturale il comprendere che la sottoscrizione deve chiudere l'atto, e tutto ciò che trovasi scritto dopo la sottoscrizione dovrebbe dichiararsi nullo, poichè tutte le disposizioni scritte dopo la sottoscrizione formano un atto distinto. Per altro i giudici possono, valutando l'insieme dalla disposizioni convincersi, quando ciò che segue la sottoscrizione forma con ciò che precede un solo contesto, che tutte le disposizioni formano un solo e medesimo atto. Arresto della cass. di Parigi del 6 maggio 1812 sulle conclusioni di Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 2, n. IV.

III. *Elementi che costituiscono la sottoscrizione.*—La sottoscrizione di un individuo è composta de'suoi nomi e dal cognome di famiglia. Si potrebbe dire però, che il codice non spiegandosi sulla forma e sulla maniera di sottoscrivere, basta che il testatore sottoscriva come era solito di fare in tutto il corso di sua vita. Fu quindi sotto l'impero della vecchia giurisprudenza francese dichiarato valido il testamento del celebre Massilon, quantunque sottoscritto + *G. B. Vescovo di Clermont*, e sotto l'impero della nuova legislazione la cassazione di Parigi con arresto de' 23 marzo 1824 (in Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.*, cap. 6, sez. 3, art. 4) rigettò il ricorso prodotto contro la decisione della Corte di Pau de' 13 luglio 1822, che dichiarato avea valido il testamento di Monsignor Loison vescovo di Bajona, sottoscritto nel seguente modo: *G. G. vescovo di Bajona.* — Per altro, osservano i dotti, che se la qualità di un prelato può far conoscere la persona del testatore, la sottoscrizione con lettere iniziali non rende la medesima certezza, quando trattasi di semplici particolari; Grenier, n. 244 bis; Duranton, t. 9, n. 4; cass. di Parigi, 5 aprile 1825, Sirey, 26, 1, 71.

IV. *Errori nella sottoscrizione.*—Vi sono due maniere di mal formare una sottoscrizione: la prima consiste nel far uso di una ortografia diversa da quella che debb'essere; l'altra è di rappresentarne i caratteri in un modo quasi non leggibile.

Sul primo punto, non si è dubitato che la maniera di ortografizzare il nome in modo diverso da quello che dovrebb'essere, o la mancanza di qualche lettera, non vizia la sottoscrizione; Merlin, rep. v. *signature*, § 3, art. 4. Decisione della corte di Bordeaux del 5 maggio 1828, Sirey, 28, 2, 330.

La seconda quistione è più di fatto che di dritto. Nel rep. di Merlin, ibid., si leggono cinque decisioni che l'anno decise in favore de' testamenti sottoscritti con semplici tratti che non esprimevano veramente la firma de' testatori.

(1) Il codice determina in sei articoli (896 a 901) le forme del testamento nuncupativo, ossia per atto pubblico. Esse hanno per oggetto di proteggere la volontà del defunto, e la maniera di constatarla. Per ispiegare perciò con ordine ciò che dobbiam dire sulle formalità di questa specie di testamento, discorreremo dettagliatamente: 1.° De' notaj che debbono essere adoperati per la confezione de'testamenti per atto pubblico; 2.° Della dettatura da farsi dal testatore; 3.° Del modo con cui debbesi scrivere il testamento; 4.° Della lettura da farsene al testatore in presenza de'testimoni; 5.° Se il testamento debba farsi *unico contextu*; 6.° Delle formalità richieste dalla legge sul notariato, ed applicabili

prie, dovranno contenere le altre solennità comuni a tutti gli altri atti autentici, richieste dalle leggi sul regolamento notariale.

---

a'testamenti; 7.° Della sottoscrizione del testamento; 8.° De'testimoni. Qui ci occuperemo delle prime sei regole: nelle due note seguenti saranno discusse la settima e l'ottava.

I.

De' notari.

I. La legge conferisce il dritto di ricevere un testamento, e d'imprimergli colla sua presenza il carattere dell'autenticità di cui abbisogna, a'notari. Nessun altro uffiziale pubblico può arrogarsi questo dritto.

Ma perchè un notajo possa usare del potere che la legge gli accorda in tal materia, è necessario il concorso delle seguenti condizioni:

1.° Che il notajo per esser competente dev'essere notajo della giurisdizione nell'estensione della quale riceve il testamento, ossia nella provincia o valle in cui à la sua residenza. Gli atti ricevuti da un notajo fuori la provincia o valle in cui à la residenza, sono colpiti di nullità dall'art. 26 della legge *sul notariato* de'23 novembre 1819, poichè non è allora che un uomo privato, non potendo dare al suo atto il carattere di autenticità che la legge attribuisce agli atti ricevuti da notai nell'estensione della loro giurisdizione.

2.° Che il notajo o i due notaj che ricevono un testamento, debbono figurare nell'atto come notaj; e vi sarebbe nullità se tutti duo, o uno di essi comparisse come semplice testimonio. Imperciocchè in tutti gli atti possibili, abbisogna che si assuma la qualità colla quale si à dritto di farli: e se, a tale qualità, se ne sostituisce un'altra, tutto ciò che fassi è nullo. Il notaio quindi deve far menzione della *qualificazione di notaio*, sotto pena di nullità: art. 40 e 59 della legge sul notariato del 3 gennaio 1809; art. 14 e 26 della legge del 23 novembre 1819; n.° 3 del decreto de'12 settembre 1828.

3.° Il notajo che riceve un testamento non deve avervi alcun interesse nè per sè, nè per i suoi congiunti o affini in linea retta, o collaterali sino al terzo grado inclusivamente: art. 8 e 26 della legge *sul notariato* de'23 novembre 1819: n.° 3 del decreto de'12 settembre 1828.

4.° Ricevendo due notaj il testamento, abbisogna che non sieno tra loro congiunti nei gradi indicati nel numero precedente: art. 10 e 26 della detta legge *sul notariato*. La ragione si è (dice Toullier, t. 8, n. 75), che il secondo notaio non è se non un invigilante che la legge dà a ciascun notare, ciascun di loro à tutto l'interesse personale ad esercitar questa vigilanza, perciocchè l'uno e l'altro sono risponsabili in faccia alle parti o possono anche esser condannati come falsari. Per rendere adunque interamente libera la vigilanza che debbono fra loro esercitare scambievolmente i notai, la legge à voluto che fossero tra loro indipendenti.

5.° I notai sono risponsabili della nullità del testamento. *Il notajo*, dice la *legge sul notariato*, *che omette alcuna delle solennità prescritte per la validità dell'atto, è obbligato a risarcire i danni alla parte a norma della legge.* Grenier, n. 232 fa però una distinzione. Se il notajo avesse agito con frode, o anche per imperizia su formalità che non poteva ignorare, e la cui applicazione non presentava alcun dubbio, egli è risponsabile: se per lo contrario siesi ingannato in formalità che la legge non regolava precisamente, se fossevi dubbiezza sul vero senso della legge, o diversità di giurisprudenza, l'errore del notajo sarebbe scusabile. Toullier, t. 5, n. 389 si mostra rigorosissimo, ed opina che i notai sono risponsabili al pari di ogni altro, del danno che arrecano col proprio fatto, ed invoca gli art. 1336 e 1337. Egli sembra indubitato che l'ignoranza non deva scusare il notajo, ma vi sono de'casi in cui per ambiguità della legge, o per la fluttuanza della giurisprudenza, i notaj possono essere scusati. In Dalloz, v. *notariat, e disposit. entre vifs et testament*, cap. 6, sez. 4, art. 1 si leggono molte decisioni che ammettono questa distinzione, adottata da Duranton, t. 9, n. 122.

II.

Della dettatura da farsi dal testatore.

I. Dovendo consacrarsi nell'atto la volontà precisa del testatore, e ad oggetto di evitare che il notajo iscrivesse in modo diverso le intenzioni del disponente, l'art. 897 prescrive, che se il testamento si riceva da due notai, verrà loro *dettato* del testatore; e

899. Questo testamento debbe essere sottoscritto dal testatore e firmato in

V. l'art. 927.

se non vi sio ehe nn solo notajo, dev' egualmento esser *dettato* dal testatore. Dell'adempimento di qoesta formolità dovo farsi espressa menzione.

Dovendo adunque esser il testamento *dettato* dal testatore, la leggo vieta di testore per via di segni, o di rispondere all'altrui interrogazione, poichè giusta la definizione data da' giureconsulti (Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 2, art. 4) *dettare* vuol dire *pronunciare parola a parola ciò che debbesi scrivere da un altro nello stesso tempo*. Dicemmo percio nel tomo precedoote (nota alla pag. 874 n.° 5) che il sordo muto non può testare con atto pnbblico, perchè non può dettare nè sentire la lettura del testamento: nella stessa inespacità trovasi il muto, poichè non può dettare il testamento. Dovrebbe dirsi lo stesso pel sordo, che non può seatire la lettura dol testamento; ma pel sordo che parli e sappia leggero, il decreto de' 21 giugno 1842 à stabilito così: *Una persona affatto sorda la quale possa parlare e sappia leggere, abbenchè non soppia o non possa firmare, può testare per atto pubblico, dettando il suo testomento secondo il prescritto dell'art. 897 delle* leggi civili, e *facendone in seguito la letturo ella stessa. Il notaio farà nel rogito espressa menzione di questo adempimento; dopo di ehe egli darà lettura dell'atto medesimo in presenza de' testimoni a' termini dell'art. 897.*

II. La menzione espressa della dettatura del testamento dev'essere fatta a peno di nullità: art. 897 e 927.

Da questa disposizione sono nato due quistieni:

1.° Se la parola *dettato* possa essere supplito da termini equipollenti, il ehe si riottacco al sistema generale, se si possano in un testomento, rimpiazzare per via di ospressioni equipollenti, quelle di cui la leggo servesi per prescrivere talune formolita. Le solennità prescritte debbono escre esattamente adempite ed allo lettera, la qnol coso non bisogna intendere superstiziosamente, di tal che l'equipollonza non vi possa essere dol tutto ommessa. Lo spirito della legge essendo di conservaro lo formalità come introdotte per evitare le sorprese cho si posson praticare ne' testamenti, l'equipollonza non si ammette, SE DESSA NON SIA IDENTICA, o so ciò che viene impiegato per adempire lo solennità prescritta dalla legge, nou comprendo la sua intenziono *adequote* ET IDENTICE; di tal che, se le porolo impiegate nel testamento, non avossero la medesima forza ohe quelle che sono state omesse, e cho vi si possa roppresentare qnalche specie di differenza, il testamento resterà senza effetto e sarà dichiaroto nullo. Ricard, testam., p. 1, n. 1502; d'Aguesseau, nella lettera dol 30 dicembre 1742; Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 2, ort. IV; Grenier, n. 230 o seg: Toullier, t. 5, n. 415; Duranton, t. 9, n. 71. La Corte suprema di Ginstisia di Napoli à ritennto i medesimi principl con molti arresti: Arresto de' 12 oprile 1825 (causa *Villani* o *Caputo*); de' 14 settembre 1835 (causa *Rizzuto* o *Mauro*); dei 24 novembre 1829 (eouso *Fortini* e *Gaddi*); de' 12 luglio 1836, (eousa *Leccisi, Inchincolo e Galentino*).

2.° Se sia nullo nn testamento, quando non vi si fo menzione di essere stato dettato a' notari. Bisogna distinguere i testamenti ricevuti da duo notaj o doo testimoni, da' testamenti ricevnti da un notajo o quattro testimoni. Nel primo caso è necessario cho il testamento faccia monziono di essero stato dettato a' notaj: *il testomento verrà* LORO *dettato*, dice l'ort. 897, o la menzione dello dettatoro o' due notari è nell'intenzione dol legislatore la garantia della presenza del notajo che non scrive. Per oltro, se il testamento dicesse di essero stato dettato non a' due notaj, mo a qnello de' duo *che lo à scritto in presenza dell'altro*, non vi è nullità, o qnesta formola equivole oll' altro di essere stato *dettato a' notari*, poichè la presonza dol notaro che non scrive, è ben accertota dalle espressioni di essere stato scritto in sua preseoza. Arresto della Cass. di Parigi sullo conclusioni di Merlin, rep. v. *testoment*, ses. 2, § 3, art. 2, n. V. ter.; Toullier, t. 5, n. 416; Dnrontou, t. 9, n. 70.

Nel caso che il testamento si riceva do nn notajo e quattro testimoni. basta la monsiono di essere stato il tostamento dettoto, nè è necessario la soggionta *al notajo*, perciocchè dovendosi il testamento scrivere non da altri cho dal notajo tal quale gli è stato dettato dal testatore, evidentemente la menzione dollo dettatnra contieno in sè l'altra che la dettatnra si è essenzialmente fatta al notajo. Ed è perciò che il primo commo dell'art. 897 prevedendo il caso della presenza di due notaj prescrive, che *verrà* LORO *dettato dal testatore*. Nel secondo comma poi cho si prevedo il caso dello presenza di un solo notajo, lo legge non dice GLI *verrà dettato*, ma fa nso delle parole, *debbe egualmente esser dettato*, ossia che il testomento ricevuto da un solo notajo debb'enunciare ch' è stato dettato dal testatore, o scritto tal quale è stato dettato. Merlio, rep. v. *testoment*, sez. 2, § 3, art. 2; Decisioni de' tribunali di Francio io Dallos, v. *disposit. entre vifs*, cap. 6, sez. 4, art. 2, § 1.

III. La dettatnra del testamento dev'esser fatta in presenza de' testimoni, poichè l'art. 896 espressamente dice, che il testamento per otto pubblico dev'esser *ricevuto in presenza*

ogni foglio: se egli dichiara di non sapere o non potere scrivere, si farà nel-

de' testimoni; ma l'art. 897 non esige la menzione speciale che il testamento sia stato dettato e scritto in presenza de' testimoni. E perchè? Evidentemente, dice Merlin, invocando anche la giurisprudenza, perchè lo formazione del testamento si compone dell' azione di dettare e di quella di scrivere le disposizioni testamentarie, e perchè questa doppia azione trovasi sufficientemente accertata dalla menzione conseguita, sia nel principio, sia nella fine dell' atto, che il testamento è stato fatto in presenza di tali testimoni; Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 2, n. IV bis; Grenier, n. 246; Duranton, t. 9, n. 67.

IV. Quando un testamento contenga lo menzione espressa di essere stato dettato dal testatore, non si può essere ammesso a provare per mezzo di testimoni che il testatore non poteva parlare, nè articolare alcuna parola: non si può prendere che la via della iscrizione in falso. Imperciocchè tutto ciò che riguarda la solennità esterna di un atto, è stabilito e dimostrato dallo stesso atto, e si rigetta, non si ammette alcun altra pruova: ed è questo il vero senso della massima, *contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non admittitur*. Dunque la menzione di essere stato dettato il testamento fa fede fino alla iscrizione in falso, art. 1273; Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 2. n. V, *quarto*; Toullier, t. 5, n. 411; Duranton, t. 9, n. 72. Vedremo qui in seguito, se i testimoni adibiti nel testamento possano deporre nel giudizio di falso.

V. È controvertito, se il notajo che riceve il testamento, debba constatare le formalità prescritte dalla dettatura, scritture e lettura, o pure possano queste dichiarazioni mettersi in bocca del testatore.

Il dubbio è nato dall' art. 897, che dopo di avere stabilito tutte le formalità, si limita a dire: *di tutto sarà fatta espressa menzione*, senz' aggiungere *dal notajo*. La Corte di Torino con decisione de' 29 dicembre 1810 (Dalloz, v. *dis. entre vifs et testam.*, cap. 6, sez. 4, art. 2, § 2) e la Cass. con arresto de' 13 maggio 1829 (Sirey, 29, 1, 233) decisero che non può crearsi una nullità non istabilita dalla legge, e d'altronde il notajo sottoscrivendo il testamento nel quale il testatore dichiara di averlo dettato, scritto il notajo e datone lettura, viene ad essere garante di ciò che il testatore dichiara. Ma Merlin, rep. 4 ediz., v. *testament*, sez. 2, § 2, ort. 6 combatte questa dottrina, prendendo argomento dalla legge *sul notariato* (articolo 11) ch'esige espressamente che le menzioni di cui si parla in detto art. siano fatte dal notajo: egli cita tre decisioni, una della Corte di Limoges de' 22 giugno 1813, e due della Corte di Bruxelles de' 5 aprile 1816 e 16 maggio 1821. Nello stesso senso deciso la Cass. di Parigi con altro arresto de' 13 maggio 1829 nel quale si legge « che risulta dall' art. 14 della legge del 25 ventoso anno 11 (art. 11 » della legge *sul notariato de'* 23 novembre 1819) che le menzioni prescritte dalla legge » per la validità de' testamenti *debbono essere fatte non dal testatore, ma dal notajo redattore dell' atto.* »

In questa diversità di giurisprudenza, a noi sembra che la regolarità esige, che la menzione dell' adempimento delle formalità sia fatta dal notajo, poichè non trattasi di una disposizione per la quale è il testatore solo che agisce, ma trattasi di dichiarare autenticamente che nella testamentifazione le formalità sono state osservate: or è il notajo chiamato ad attestare l' osservanza dalle formalità. Ma se nel testamento si mette in bocca del testatore l'osservanza delle formalità, conseguo forse da una irregolarità, la nullità del testamento? A noi sembra di no. Imperciocchè il notajo sottoscrivendo il testamento, non viene forse a garentire l' osservanza di quelle formalità dichiarate dal testatore? E si potrebbe senza la iscriziona in falso, provare di non essere stato dettato e letto il testamento, quando avendo dichiarato il testatore l'osservanza di queste formalità, il notajo ed i testimoni l'ànno sottoscritto? L'oggetto della legge essendo conseguito, dove sta più la nullità? Cosa fanno il testatore, i testimoni ed il notajo, allorchè nel chiudere l'atto vi appongono le loro firme? Il notaro ed i testimoni riconoscono, il notajo attesta personalmente, che tutto ciò che si è detto, sia nel proemio, sia nel corpo, sia nella chiusura dell'atto è conforme alla verità; e per conseguenza gli uni riconoscono, l'altro attesta, che il testatore abbia dettato, che il notajo abbia scritto, che il testamento sia stato letto; e non rileva che veggasi enunciata in bocca del testatore l' osservanza delle formalità.

III.

Del modo con cui debbesi scrivere il testamento.

I. *Da chi debbesi scrivere il testamento*—L'ort. 897 prescrive che il testamento dev'essere *scritto da uno de'notaj, o dal notaro, se ve ne sia un solo.* Questa formalità è prescritta a pena di nullità, così che se la minuta del testamento si trovasse scritta in tutto o in porte di mano aliena, l'atto sarebbe nullo. L'ort. 897 prescrive che dell' adempimento

l'atto espressa menzione della sua dichiarazione, del pari che della causa che

---

di questa formalità si debbe fare menzione, ed in Francia i giureconsulti (*) erano di accordo, che la mancanza della menzione espressa di essere stato il testamento scritto dal notajo, quantunque non si mettesse in dubbio dall'erede *ab intestato* di avere il notajo scritto il testamento, importava nullità. Il secondo numero dell'art. 927 à presso di noi risoluto la quistione agitata nel foro sotto l'impero del codice civile, di non esservi nullità.

Non è necessario, nel caso il testamento è ricevuto da due notaj, che il testamento sia scritto da colui, presso del quale dove restare la minuta. La legge non esige ciò.

Dal pari possono i due notai scrivere alternativamente il testamento. « Se la leggo, di» ce Toullier, t. 5, nella nota al n. 422 ordina, che il testamento sia scritto da uno dei » notaj, ciò è disposto per impedire che non sia scritto da uno de' suoi giovani o da altra » persona estranea, compresovi anche il testatore. Nulla però importa qual de' notai scri» va, sia quello presso di cui rimane la minuta, sia il così detto secondo notaro. Perchè » dunque, se uno si stanca, l'altro non potrebbe prendere la penna, e continuare facen» do menzione di questa circostanza(**)? Non sarebbe forse lo stesso che spingere la seve» rità fino al punto di attaccarsi *giudaicamente* a queste parole, dev'essere *scritto da uno* » *de' notai*, per conchiuderne *che il testamento è nullo*, se è scritto alternativamente da' due » *notai?*

II. *Del modo con cui debbe essere scritto il testamento.* — Il notajo deve scrivere il testamento *ne' termini stessi ne' quali gli vien dettato*. Non bisogna però da queste parole dell'art. 897 conchiudere, che il notajo deve servirsi de' termini identici adoperati dal testatore, massime quando questi si serve di termini impropri, di frasi oscure e di un linguaggio sconnesso. Il legislatore esiga l'identità de' pensieri, e non quella delle parole: Maleville, sull'art. 972 (897); Grenier, t. 2, n. 237; Toullier, t. 5, n. 419; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 197; Duranton, t. 9, n. 77. Decisioni de' Tribunali di Francia in Dalloz, v. *dis. entre vifs et testam.*, c. 6, sez. 4, art. 2, § 2. E perciò ben decise la Corte Suprema di Giustizia di Napoli, che la locuzione in termini toscani è permessa ne' testamenti per atto pubblico: Arresto de' 22 luglio 1826 (causa *Schipani e Marincola*).

Dal dovere imposto al notajo di scrivere le disposizioni del testamento tali che il testatore gliele detta, non discende che il testamento sia nullo, se le disposizioni sieno concepite in terza persona. Imperciocchè la legge non prescriva che la compilazione ne sia fatta piuttosto in prima persona che in terza persona, e d'altronde il notajo facendo menzione della scrittura nel modo dettato dal testatore, adempisca al voto della legge. Ciò si è deciso con più arresti, e gli autori sono unanimi in questo sentimento. Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 2, n. 2; Toullier, t. 5, n. 418; Grenier, n. 236; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 194; Duranton, t. 9, n. 76 e 77; Dalloz, v. *disposit entre vifs*, cap. 6, sez. 4, art. 2, § 2. — Arresto della Corte Suprema di Napoli de' 22 luglio 1826 (causa *Schipani e Marincola*).

Il testamento devesi scrivere in lingua italiana, dice l'art. 12 della legge *sul notariato*; ma la contravvenzione a questa disposizione non produce per l'art. 26 della stessa legge e pel n.° 5 del decreto de' 12 settembre 1828, la nullità dell'atto. Quindi, se il testamento viene dettato da chi non conosce la lingua italiana, e 'l notajo l'intende, scrivendo il testamento nella lingua del testatore, non commetterebbe nullità. Ma se il notajo non intende la lingua, o pure vuole osservare la prescrizione dell'art. 12 della legge sul notariato, scriverà in italiano ciò che viene dettato in altra lingua, potendo egli tradurre o far tradurre da un interpetre a mezzo margine, e dar lettura della traduzione al testatore in presenza de' testimoni. L'originale disteso in lingua italiana è il solo che fa fede; se dunque vi manca qualche formalità, non può esser supplita dalle menzioni contenute nella traduzione. Merlin, rep. v. *langue française*; Toullier, t. 5, n. 419 e 454 (***)

(*) Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 2, art. 4, n. 2; Toullier, t. 5, n. 423; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 190; Duranton, t. 9, n. 74.

(**) Presso di noi non sarebbe necessario far menzione di questa circostanza, poichè basta che costa di essere il testamento scritto dal notaio: art. 927, num. 2.

(***) È utile notare la Circolare del Ministro di Grazia e Giustizia del 29 marzo 1836, su' testamenti redatti da' notai, quando il testatore non conosce la lingua italiana.

« Per l'art. 12 della legge del 23 novembre 1819, gl'istrumenti, i testamenti, e tutti gli atti che nel » regno si ricevono da' notai, debbono essere redatti in lingua italiana. Quale provvedimento se le par» ti o alcuna di esse non conosca la lingua italiana? Ho osservato, che positivo sia il precetto compre» so nell' indicato art. 12 della legge sul notariato — Che d'altra parte niuno possa essere obbligato a » parlare una lingua che non sa — Che però sarebbe assai duro e ripugnante a' progressi della civiltà » europea, impedire ad un forastiere di poter disporre in modo solenne de' suoi beni, o di stipular con» venzioni, per la sola ignoranza dell'idioma italiano — Che le leggi non provvedono, nè debbono prov» vedere, che a' casi ordinari — Che occorrendo ne' giudizî far uso di alcuna carta scritta in lingua

lo impedisce di sottoscrivere.

III. *Menzione di essersi scritto il testamento del notajo tal quale è stato dettato.* La omessione della menzioee di essersi scritto il testameato *dal notaio* non mena a nullità, art. 927, n. 2; nè è di rigore cho il notaio esprima in propri termini che à seritto il testamento *tal quale* è stato dettato, perciocchè quande dall'insiame dell'atto si rilova che vi è conformità tra la *dettatura* o la scrittura, lo scopo della legge è adempito. E questo, dice Durantoe, t. 9, e. 82, ua punto di giurisprudenza assodato.

Noe è necessario però che si menzioni di essersi scritte il testamento in presenza de' testimoei: vedi la pag. 17, eum. III. in fine.

IV. *Da chi deve partire la menzione di essersi il testamento scritto nel modo dettato dal testatore, e del luogo in eui deve farsi questa menzione:* vedi la pag. 18, num. V, e la p. 21, eum. IV.

IV.

Della lettura del testamento.

I. Il testamento dev'essere letto al testatore in presceza de' testimoni, e di ciò deve, sotto peea di nallità, farsi espressa menzione: art. 897.

Lo scopo della legge, volendo ehe il testamento, dopo essere stato dettato dal testatore e scritto dal notaio, sia letto al testatore dal notaio, è di assicurarsi che tetta la voloota del testatore sia stata fedelmeeto espressa dal notaio. La lettura dev'essere fatta *al testatore in presenza de' testimoni*, dico l'art. 987. Ma se il notaio enuncia che la lettura del testamento si sia fette *in presenza del testatore e de' testimoni*, equivale forse all'eaunciare sufficioniemente che questa lettura sia stata fatta al testatore? L'affermativa è indubitata, poichè leggere uu atto è necessariamente leggerlo a tutti coloro che stanno presenti: leggere un testamento in *presenza del testatore* è dunque necessariamento leggerlo al testatore. La l. 209 ff. *de V. S.* decide, che per esser riputato di essere stato presente ad en atto, bisogna aver compreso tetto ciò che vi è stato fatto; e soggiunge Gotofredo su della legge, cne fare qualche cosa in presenza di qualcheduno, è farlo *eo sciente et intelligente.* Dunque leggere il testameeto in *presenza del testatore*, è leggerlo in maniera ch' egli ne intende la lettura: Merlie, *quaestione de droit, v. testament* § 13. Secondo questi priecipi si è ben deciso dalla Corte Saprema di Giustizia di Napoli con arresto dol di 31 agosto 1820 (causa *Basile* e *Basile*) che è valido il testamento, nel quale si legge ch' è stato *letto in presenza* de' testimoei, senza esprimersi *al testatore*, quando risulti dalla frase che il testatore era presente.

La menzione di essersi fetta lottura el testatore, può esser supplita da equipollenti, quando l'equipollenza è identica (v. la p. 17, n. II.) Quindi, se ie un testamento si dicesse: *dopo la letturo di questo testomento, à il testatore dichiarato esser questa la sua volontà*, il testamento è valido, quantueque eon si fecesse menzione di essere stato letto *al testatore*, perciocchè se ie conseguenza della lettera il testatore à dichiarato di conteecre la sua voloetà, evidentemeete è riputato dire ehe a lui è stata la lettura indiritta: Merlie, rep. v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 2, n. 4. 1.° Arresti delle Corta Suprema di Napoli de' 26 marzo 1816 (causa *Folcinelli Cipolla* e *Gramegna*); de' 2 Geenajo 1821 (causa *Titta* e *Tullio*) — Ma se iavece di farsi menzione della lettura, i testimoni nell'apporre la loro firma dichiarassero di essere stati presenti alla lettura del testamento, il testamento è certamente nullo, poichè questa dichiarazioec non comprcede l' intonzione dolla legge *adequate et identice* della menzione della lettura. Arresto della Corte Suprema di Napoli de' 14 aprile 1826 (causa *Olivieri* e *Marini*).

II. Noe solameete deve farsi menzione della lettere al testatore, ma che la lettura è seguita *in presenza de' testimoni*. Il legisletore esige cho la presenza de' testimoni alla lettura sia specialmeate menzioneta, evideutemente perchè (dice Merlin, rep. v. *testament*,

---

» estera, vien della stessa eseguita prima la traduziona per mezzo di alcun interpetre destinato dal magistrato; e che a' notai è affidato generalmeota il disimpegno della giurisdizione voloataria.

» Queste osservazioni presentando spontaneamente l'idea della necessità di alcun interpetre nella proposta ipotesi, sembra opportuno che avessero a praticarsi le seguenti norma:

» 1.° Che la scelta dell' interpetre sia delle parti interessate;

» 2.° Cha se il notaio conosca l' idioma del forastiere, non occorre la scelta di un interpetre;

» 3.° Cha l' ioterpetre presti il giuramento di adempiare fedelmente ed esattamente la sua commessiona;

» 4.° Che il notaio o l' interpetre formi la traduziona dell'atto, e ne dia lettura al forastiere;

» 5.° Cha questa traduzione sottoscritta dalle parti interessate, dall'interpetre, ed in ogni caso dal notaio, rimanga alligata all' atto, e na costituisca una parte integrale.

» 6.° Che di tutto ciò sia fatto nell' atto espressa e dettagliata menzione ».

900. Il testamento debbe essere sottoscritto da' testimonj, ed anche

sez. a, § 3, art. a, n. 4 bis) a'suoi occhi, la lettura è una formalità addizionale a quelle che costituiscono la formazinne del testamento; perchè egli suppone che i testimoni possano essere presenti alla formazione del testamento, e non esserlo alla lettura; perchè enunciare che i testimoni sono stati presenti alla formazione del testamento, non è escludere la possibilità che il testamento sia stato letto al testatore, in un momento in cui non erano più presso di lui. E perciò lo stesso giureconsulto con conclusinne profferita innanzi alla Corte di Cass. di Parigi nel dì a4 giugno 1811 (oel rep., ibid., n. 4 ter) sosteone, che la menzioоe che il testamento sia stato letto *al testatore di pari che a'testimoni* non basta per provare che la lettura del testamento sia stata fatta al testatore in preseuza de'testimoni, poichè non esclude la possibilità di due lettere separate. Tanto rigore con cui la Corte di Cassazione ne' primordi della giurisprudeuza giudicava per l'adempimento delle formalità testamentarie richiamò l'attenziona da'giureconsulti e Toullier, t. 5, n. 4a7 e seg. rammentando le vicende della giurisprudenza, ondò nell' eccesso di stabilire come massima inelnttabile, che non basta, per annullare nn testamento, che il modo in cui è concepita la clausola relativa alla menzione della lettura, sia ambiguo e presenti un senso secondo il quale è possibilo che si sooo fatte due letture separate, una cioè al testatore e l'altra a' testimoni: se esso presenta nn senso, secondo il quale è dubbioso si è fatta la intera lettura simultanea al testatore ed a' testimoni, allora si dave applicare la regola d'interpetrazione consacrata coll'art. 1110 — Grenier, n. a46 bis, Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 197 e Favard v. *testament*, sez. 1, § 3, art. 6 ritengono che la Corte di Cassazione rivenne sulla prima teorica severissima, e stabilì che la menzione della lettura al *testatore in presenza de' testimoni* può risultare dall' insieme delle disposizioni testamentarie. Molto decisioni si rinvengono in Dalloz, v. *disposit entre vifs et testament*, cap. 6, sez. 4, art. a, § a, che dimostrano le vicenda della giurisprudeuza e diremo anche l'arbitrio nel giudicare. — Egli conviene però, per non immergersi in un pelago di decisioni spesso contradittorie, mantenersi alla purità do'principi, e stabilire in massima che non vi sooo parole sacramentali in materia di formalità di testamenti: che lo scopo della legge è conseguito quando risulta dal testamento con parole *identice et adequate* la menzione di essersi il testamento simultaneamente letto al testatore ed a' testimoni: vedi lo p. 17, n. II. La nostra Corte Supremo à ritenuto, che la lettura del testomento al testatore *in presenza de' testimoni* non è necessorio che sia fatta *coaceptis verbis*, bastando che risulti dall' atto la lettura simultanea: Arresti de'a6 marzo 1816 (causa *Falcinella, Cipolla* e *Gramegna*); del a gennaio 18a1 (causa *Titta* e *Tullio*); de'16 agosto 1828 (causa *Mauro e Parisio*).

III. La menzione dell'intera lettura del testamento si applica alle postille, di cui il testo sia collocato in fine dell' atto, quando sono approvato dalle parti, come l'esige l'art. a5 della legge *sul notariato*, modificato dal n.° a del decreto de'1a settembre 1828; perciocchè le postille riferendosi al luogo dell'atto dove le parole componenti tali postille possono essere collocate, è necessario che leggendo l'atto si scorgano le postille. Arresto della Cass. di Porigi del 3 agosto 1808, in Morlio, rep., v. *testament*, sez. a, § 3, art. a. num. VI; Toullier, t. 5, n. 433; Greaier, n. a58; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 196.

IV. *Luogo in cui debbesi collocare la menzione della lettura* — L'art. 897 osige che sia data lettura del testamento ol testatore in presenza de' testimoni, e che ne sio fatta menzione espressa; mo non esige che questa menzione sia fatta in fine dell' atto, od in altro luogo. Dunque, in qualunque parte dell' atto la menzione della lettura sia stata fatta, se questa menzione è *espressa*, il voto della legge è adempito: Toullior, t. 5 n. 431; Grenier, n. a39. E la Corte Suprema di Napoli con arresto del dì 17 agosto 1824 (causa *Carnevale* e *Rossi*) decise, che la menzione delle formalità in un testamento pubblico può farsi in qualunque parte dell'atto.

Ma se dopo la meozione della lettura, il testatore aggiunga nuove disposizioni, la mancanza di letturo delle disposizioni addizionali influisce sulla parte del testamento che sia stata realmente letta? Merlin nelle sue dotte conclusioni profferite all' udienza della Corte di Cass. di Parigi nel dì 4 novembre 1811 (rep. v. *testament*, sez. a, § 3, art. a, n. VI bis) stabilì uno distinzione ricavata dallo l. a1, § 1, ff. *qui testamena facere possunt*. Se il testatore con l' addizione non fa che rischiarare qualche oscurità che il giudice potrebbe supplire dietro circostanze estrinseche al testomento, l'addizione dopo l'adempimento delle formalità testamentarie, debbesi riguardare como valida, perciocchè quando anche tale addizione noo fosse stata fotta, il giudice avrebbe potuto interpetrare la volontà del testatore, sia giusta le sue scritture, sia giusta la sua maniera abitnale di spiegarsi, sia giusta l'uso del paese ove à disposto. Ma se trattasi di una nuova disposizione, o di uno spiegazione, la quale forma, da parte dol testatore, una disposizione talmente addizionale alla disposizione spiegata, che il giudice non potrebbe supplirla, se il testatore l'avesse omessa, sarà nulla non solo l'addizione, perchè manca di una delle forma-

in ciascun foglio : tuttavia nelle campagne basterà che sia sottoscritto da

lità testamentarie le più essenziali, ma produrrà la oullità dell'intero testamento, perciocchè col trovarsi essa scritta nel testameoto prima della sua chiusura, fa parte del testamento medesimo, e per eoeseguonte il testameoto non fu letto per iutere. (*) I dotti ànno approvato questa distinzione: Toullier, t. 5, n. 432; Grenier, n. 239; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 196.

V.

Se il testamento per atto pubblico debba farsi unice contextu.

Sotto l'impero dell' antica legislazione era una delle regole più triviali del dritto, che qualunque atto solenne di ultima volontà dovea essor fatto di un sol contesto e senza mischiarvi aleun atto estraneo. Tanto risulta dal § 3, Inst. *de testamentis ordinandis*, dalla l. 21 e 28 C. *de testament.*; e la *l.* 21, § 3, ff. *qui testam fac. poss.* parla di proposito dell' unità di contesto per i testameoti nuncupativi: *uno contextu actus testari oportet*. Testare di uo sol contesto, è non frammischiare al testamento aleun atto estraneo: *est autem uno contextu, nullum actum alienum intermiscere*.

Le nuove leggi richiedono nell'art. 902 *l'unità di contesto* per i testamenti mistici, e da ciò la quistione di sapere, se ne testamento per atto pubblico sarebbe nullo, se non vi si trovasse quella uoità di azione e di tempo che le leggi romane richiedevaoo. Grenier, *donat.* n. 241 opina di no, ed ascoltiamolo nel suo ragionamento. « L' art. 976 (902) nel prescrivere le forme relative a' testameoti mistici, il legislatore à detto, negli stessi termini che leggonsi negli art. 5 e 9 dell'ordinaoza del 1735, *tutto ciò sarà fatto nel medesimo contesto, senza deviare ad altri atti*. Ma oulla se ne dice negli art. cha prescrivono le forme del testamento fatto per atto pubblico. Di tal che puossi dire che questa forma è necessaria, sotto pena di nullità, pel testamento mistico, e ohe ooe lo è rispetto al testamento fatto per atto pubblico. Obietterassi l' art. 13 della legge del 25 ventoso anno 11 (l'art. 13 della nostra legge *sul notariato* noe richiede unità di cootesto) che gli atti do' ootai saranno scritti *in un solo e medesimo contesto*. Ma sarebbesi fondato a credere che questo art. si applichi alla unità di tempo di cui qua trattasi?— In primo luogo, non sembra forse che questo articolo abbia per oggotto la forma degli atti in generale sotto il rapporto della loro compilazione, astrazion fatta da un modo relativo allo operazioni di cui tale compilazione è il risultamento? Non dicesi ie tale art., *gli atti de' notari saranno fatti;* dicesi solameote, *saranno scritti in un solo e medesimo contesto;* il che può presentare un' idea ben diversa. Molti atti veogon fatti a varie riprese, frammisti ad altre operazioni che son loro estraoee; ed impertanto la compilazione e la scrittura è di un solo e medesimo contesto: essendo rivestiti delle forme richieste dalla legge, non sarebbe questa una ragione per impugnarli. Sonovene pur di quelli i quali, di loro natura, non possono esser fatti che in varie riprese: tutte ciò sembra estraneo all' unità di tempo: tale che s'intende per i testameoti, per quel che risulta in fine da queste espressioni impiegate nell'art. 976 (902) pel testamento mistico, *tutto ciò sarà fatto nel medesimo contesto, senza deviare ad altri atti*. Laoode, se questa unità di tempo, la quale può essere indifferente per gli altri atti, fosse prescritta precisamente dalla legge pel testamento pubblico, e che non fosse stata osservata, quantunque il notaro avesse compilato il suo atto in maniera da presentare l'osservanza di tale unità di tempo, sarebbe questo il caso dell' iscrizione io falso, e la nullità noe sarebbe cho il risultamento del successo di tale iscrizione — In secondo luogo, quel che prova che ciò che il legislatore à voluto coll'art. 13 (13) della legge sul ootariato, noo è la medesima cosa che ciò che à ieteso coe le seguenti parole, *tutto ciò sarà fatto nel medesimo contesto, senza deviare ad altri atti*, è ch' egli non si è servito delle stesse parole. Quel che si oppono ancora a tale applicazione, è che, se il legislatore avesse preteso, pel testamento fatto per atto pubblico, la stessa unità di tempo che pel testamento mistico, l'inadempimento di tale formalità dovrebbe produrre la nullità si dell' uoo che dell'altro. Impertanto, se non si potesse attingere l' intenzione di questa unità di tempo pel testamento fatto per atto pubblico, che nella regola generale enunciata nell'art. 13 della legge *sul notariato*, noo vi sarebbe nullità ad opporre contro il testameoto, sia giusto questo stesso art. 13, il quale, non pronunzia, in caso di contravvenzione che uo ammenda contro il notaro, sia combinaodo questo stesso art. 13 coll'art. 68 della medesima legge, il quale indica i casi di nullità per causa di contravvcozione alle for-

(*) Nello stesso senso decise la cass. di Parigi a' 13 settembre 1809, in Merlin, *questions de droit*, v. *testament*, § XI.

uno dei testimonj, se il testamento si è ricevuto da due notaj; e che sia

me, e non comprende siffatto art. 13. Sarebbe danque difficile sostenere la nellità del testamento fetto per atto pubblico, sul fondamento che non fosse stato fetto senza interruzione, e con unità di azione e di tempo, *di un solo contesto e senza daviare ad altri atti*. »—Questa dottrine è stata seguite de Merlin, rep., v. *testament*, sez. e, § 2, art. 5, n.° 5; de Toullier, t. 5, n. 485; da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 189; da Duranton, t. 9, n. 59.

Ma eon si saprebbe abbastaeza raccomandere a'noteri, (avvertono Merlin, nell'ultima ediz., ibid, e Durenton, t. 9, n. 59) dl praticare anche pe'testamenti per atte pubblico, l'enità di tempo e di azione, poichè ie certi casi il difotto di nnità di tempo e di azione potrebbe presentere egl'interessati il mezzo di dedurre che la volontà del testatore è stata sorpresa da suggestieee o da ertifizi, e quindi provocare la eullità del testamento per offrira l'imagine di una volontà incerta.

V.

Delle formalità richieste dalla legge sul notariato ed applicabili a' testamenti.

I. Tre le forme prescritte sotto pena di nullità dalla legge *sul notariato*, sonevene talnee di eui il codice eivile frencese non parlava. Da questo silenzio, ne'primordi della eaova giurisprudenza talaee Corti di Francia giadicarono che l'omissione di tali forme non prodaeeve nullità; ma i giureconsalti (*) a la Corte di Cassazione (**) si scagliarono contro qael sistema, e Merllo, (rep. v. *testament*, sez. e, § 3, art. 3, n.° 8) dimostrò con una dotte dissertaziene tutti gli assurdi che deriveveno del sistema di considerare le forme stabilite dalla legge *sul notariato* inepplicabili e' testamenti. Il nostro legislatore à dato termine alla controversia, sublimando con l'art. 898 a legge l'opinione de'giureconsulti francesi.

Bisogna impertanto osservere, che ee'panti su'quali il codice eivile trovasi, in quanto alle disposizioni testamentarie, in opposizione colla legge generale degli atti notariali, deve prevelere ella secooda, in conseguenza della regola *in toto jure generi per speciem derogatur*, et *illud potissimum habetur quod ad speciem directum est*, l. 80, ff. *de R. J.* Ed ie questo senso la inteode Pothier, ellorchè nelle sue Pandette, tit. *de legibus*, sez. 1, art. e5, la parefresa ne' segaenti termini: *Cum duae leges contrariae videntur, quorum altera specialiter de casu de quo judicandum aut respondendum est, disponit, altera generaliter dumtaxat disponit, proevalere debet illa quae specialiter disponit.* E ena conseguenza adunque di questi principl, che la legge *sul notariato* de'e3 novembre 1819 deve regolare le formo de'testamenti per atto pubblico, sulle quali il codice eivile aon siesi spiegate; me ne'pueti In cui il codice eivile à spiegato delle disposizioni speciali per le formalità testamentarie, eon deve applicarsi la legge sul notaristo. Così le leggi civili nell'ert. 906 fissaeo la capacità de'testimoni che possono intervenire in un testameeto: l'art. 9 della legge sal eoterieto determina le qualità de'testimoni che intervengona eegli atti notariali in generale. Per la regole, *in toto jure generi per speciem derogatur*, l'ert. 9 della legge sul eotariato, non è applicabili e'testimoni testamentari, la eui capacità è fissata dall'ert. 906, e così à ben deciso la Corte Suprema di Giustisie di Napoli con arresto del di 1 ottobre 184e (ceuse *Capitolo di S. Severina* e *Mango*).

II. Le formalita adunque richieste dalla legge *sul notariato*, ed applicabili a pena di nullità a'testamenti, sono le seguenti:

1.° Il testamento dev'essere ricevuto dal notajo competente: vedi la pag. 16.

e.° Dev'essere datato, e deve eltresi indicare l'ora precisa in eni è state fetto: ert. 17, 26 e e7 della leggo sul *notariato*; ma nè l'antieo regolemento del 3 gennejo 1809 sul *notariato*, nè la legge del 23 novembre 1819 defieiscono il luogo in cui tal menzione dov'essere espresse. Basta dunque che si trovi scritta prime della sottoscrizione del testatore e de' testimoni: Arresto della Corte Saprema di Giustizia di Nepoli de'e8 gennajo 1843 (ceula *Arleo* e *Jannuzzi*).

In quanto egli errori di data, vedi la eota alle pag. 14, n. Seconde.

3.° Deve indicare il *luogo* in cui il testamento è stato fetto, e l'oggetto di questa fermelità a di far conoscere le competenza de'notari, eon ehe di prevenire o scovrire le felsità. L'art. 13 della leggo *sul notariato* prescrive nell'etto notarisle, *l'indicazione della provincia o valle, del comune e della casa dov'è stato fatto;* o soggiunge l'art. e7, *è nullo*

(*) Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 190; Toullier, t. 5, num. 449. Duranton, t. 9, num. 49.
(**) Arresto del 1 ottobre 1810 in Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 2, in fine.

sottoscritto da due de' quattro testimonj, se si è ricevuto da un notajo

---

l'istrumento che mancasse della indicazione del luogo ov'è seguito il rogito, prescritta dall'art. 13. La nullità è ripetuta dal num. 4 del decreto de' 12 settembre 1828. Quindi la mancanza d'indicazione della *casa* in cui è fatto il testamento, mena a nullità, poichè la legge à considerato, che non bastava indicare la città, per dirsi in qual luogo l'atto è stato ricevuto; à voluto che la indicazione della *casa* formasse parte indispensabile della indicazione del luogo.

4.° Il testamento deve contenere la dichiarazione del nome cognome, paternità, professione, domicilio del testatore e de'testimoni; ma la omissione di queste prescrizioni non produce la nullità: art. 13 e 27 della legge *sul notariato;* num.° 4 del decreto de'12 settembre 1828;

5.° Il notaio deve dichiarare di conoscere il testatore. Quando non abbia una tale conoscenza, o non gli basti l'assicurazione de' testimoni che intervengono all'atto, può chiedere l'intervento di altre due persone a lui note e di sua fiducia, e che abbiano la capacità. Tanto prescrive l'art. 21 della legge *sul notariato* stabilito a pena di nullità dall'art. 26 della stessa legge, e dal num. 3 del decreto de' 12 settembre 1828. Ma non potrebbe dirsi nullo un testamento, sol perchè il notaio non abbia formalmente detto *essere a lui noto* il testatore, quando ne abbia dati tali e tanti ragguagli da bene indicare che gli era noto. Così decise la Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto del dì 12 aprile 1825 (causa *Villani e Caputo*), ammettendo in ciò la forza degli equipollenti nel senso da noi dato nella p. 17, n. II. Ecco le parole del riferito arresto. « La regola degli equipollenti non » à luogo negli atti la cui forza sta nell'aggregato delle solennità e delle forme indicate » dalla legge per costituir l'atto medesimo. Ciò s'intende specialmente pe'testamenti, i qua- » li, comunque siasi certo della volontà de' testatori, pure non vaglion mai, se non siesi » adempiuto a tutto ciò ch'è richiesto perchè una carta si appelli testamento. Distinguon- » si però le solennità che consistono nelle dichiarazioni da pronunziarsi dal testatore o dal » notaio, dalle solennità che consistono nell'adempimento di taluni atti materiali o di talu- » ni fatti de'quali dee costare l'essere intervenuti; come la soscrizione, la chiusura, la » lettura, la presenza de'testimoni. Non è già che la regola la quale vieta l'uso degli equi- » pollenti non sia comune per le prime e per le seconde solennità; ma se non sienvi for- » mole speciali e *conceptis verbis* per esprimere le dichiarazioni da farsi dalle parti o dal- » l'uffiziale pubblico che riceve l'atto, non vietasi un modo di dire piuttosto che un altro; » nè è viziosa la interpetrazione che riconosce in questi modi di dire la dichiarazione che » cercasi, quando nè il linguaggio volgare, nè il linguaggio legale ripugna all'idea di » comprendersi tale dichiarazione. Il senso naturale delle parole è il primo mezzo d'inter- » petrazione, l. 69 ff. *de legatis* 3.°; ed è nelle regole della legge seguir quel senso che » salva l'atto in contesa. Sotto questo aspetto non v'è errore di dritto nella decisione che » riconosce ne'ragguagli dati dal notaio intorno alla persona del testatore la dichiarazio- » ne di essergli noto il testatore medesimo, come si dee per legge. » — Quindi ben deciso la stessa Corte Suprema con altro arresto del dì 16 settembre 1826 (causa *Cameo e Mancini*), che non è nullo il testamento nel quale il notajo non abbia espresso di conoscere il testatore, quando abbia detto di conoscere i testimoni; perciocchè la dichiarazione della conoscenza de'testimoni implicitamente contiene la dichiarazione che il notaro à avuto fiducia ne'testimoni per la conoscenza del testatore.

6.° Il testamento non può essere rilasciato in brevetto al testatore: la minuta o l'originale deve rimanere presso il notajo: art. 32 della legge *sul notariato*. Ma se il notajo rilasciasse in brevetto il testamento per atto pubblico, sarebbe esso nullo? In Francia è questa una controversia. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 191 sostenne, che quantunque la compilazione de' testamenti in brevetto è inusitata, pure non vi è a temere la nullità del testamento, ch'essendo un atto semplice, rientra ne'casi previsti dall'art. 20 della legge di ventoso anno XI (uniforme al nostro art. 35 della legge sul notariato). Dalloz, v. *disposit entre vifs et testam*, c. 6, sez. 4, art. 1, seguito da Duranton, t. 9, n. 61, sostennero la contraria opinione, fondandosi specialmente sull'art. 20 della legge del 25 ventoso anno XI, che disponeva per regola generale e sotto pena di nullità « che i notai sono obbligati di conservar la minuta di tutti gli atti ch'essi rogheranno. » — Presso di noi dobbiam ritenere che la regolarità esige di dover il notajo ritenere la minuta del testamento, nè il testatore potrebbe richiederla, perciocchè l'art. 32 della legge *sul notariato* non da questo dritto, e l'art. 33 della medesima legge accordando al testatore la facoltà di ritirare dal notajo il testamento mistico, è evidente che gli è negato questo dritto pel testamento per atto pubblico, come negli atti in generale. Ma se il notajo non avesse presso di sè ritenuta la minuta del testamento, o l'avesse rilasciato in brevetto al testatore, il testamento non sarebbe nullo, perciocchè l'art. 32 della legge *sul notariato* non pronunzia la pena di nullità. In questo caso però non potrebbe l'erede scritto procedere all'esecuzione

solo (1).

901. Ne'testamenti per atto pubblico non potranno ammettersi per testimo-

---

del testamento che non è rivestito di forma esecutiva, ma dovrebbe chiedere l'ordinanza d'immissiono in possesso, per argomento dell'art. 934.

7.° Se il testamento occupa più fogli, ogni foglio dev' essere firmato dal notajo, da'testimoni e dal testatore: art. 16 o 26 della legge *sul notariato*.

8.° Il testamento dev' essere scritto in lingua italiana, dice l'art. 12 della legge *sul notariato;* ma se il notajo lo scriva in altra lingua, non vi è pronunziata nullità dall'art. 26. Vedi la pag. 19, n. II.

Non bisogna perder di mira la seguente riflessione. Non perchè l'art. 898 delle leggi civili prescrive che le formalità stabilite dalla legge *sul notariato* sieno applicabili a' testamenti, bisogna dedurre che debba estendersi a'testamenti la disposizione dell'art. 29 della stessa legge *sul notariato* « che l'atto dichiarato nullo dalla presente legge,à nondimeno il valore di scrittura privata,qualora vi sia la sottoscriziono delle parti cootraenti ». Questa eccezione à indubitamente in mira i soli contratti, e si avvera il caso della massima gramaticale: *verba debent intelligi secundum subiectam materiam*. S'intende bene, che i contratti emanando dalla volontà delle parti, la nullità della forma del contratto, non vizia la convenzione. Ma il testamento che ripete la sua esistenza dalle forme, una di esse mancando, é nullo interamente per l'art. 927, nè può produrre alcun effetto.

(1) La formalità più sostanziale del testamento, come degli atti pubblici in generale, è la sottoscrizione del testatore, del notajo e de'testimoni, perciocchè è la sottoscrisione che perfeziona l'atto. Non si è perciò dubitato, che se il notajo enuncia nel testamento, che il testatore à sottoscritto il testamento, o mentre lo presenta al testatore per sottoscriverlo, questi muore, il testamento è nullo: è nullo anche quando il testatore avendo dichiarato di non potere sottoscrivere, muore prima che il notajo ed i testimoni abbiano sottoscritto. Domat, lib. preliminare, sez. 2, n. 4; Merlin, rep., v. *signature*, § 3; Toullier, t. 5, n. 444; Duranton, t. 9, n. 98. — È una conseguenza dello stesso principio, che la mancanza della sottoscriziono del testatore, senza la menzione espressa della ragione che ne impedì l'adempimento, rende nullo il testamento, nè potrebbe sanarsi di poi con la dimostrazione autentica che il testatore non seppe mai scrivere: Arresti della Corte Suprema di Napoli de'15 novembre 1832 e 5 settembre 1837 (causa *Bona*, *Torrilli* e *Di-paola*).

Passiamo a considerare tutto ciò che riguarda la sottoscrizione.

I. *Caratteri della sottoscrizione*, e *necessità di far menzione della dichiarazione del testatore di non sapere o non potere firmare*, e *della causa dell' impedimento*—Tutto ciò che abbiamo detto nella pag. 15, parlando de'testamenti olografi su'caratteri e sugli errori nella sottoscrizione, si applica a' testamenti per atto pubblico. Qui dobbiamo aggiungere, che gli art. 899 e 900 non esigono che, nel testamento per atto pubblico, sia fatta menzione, sia della firma del testatore, sia di quella de'testimoni, nè cotesta menzione è prescritta dall'art. 24 della legge *sul notariato* (*).

Non è così, se il testatore non sappia o non possa sottoscrivere: l'art. 899 prescrive, che *se il testatore dichiara di non sapere o non potere scrivere, si farà nell'atto espressa menzione della sua dichiarazione, del pari che della causa che lo impedisce di sottoscrivere*. Laonde è notevole, che il notaio non può costituirsi giudice della impossibilità di potere il testatore sottoscrivere il testamento: la dichiarazione di non potere sottoscrivere e della causa che impedisce a ciò fare, dove partire dal testatore; o in altri termini, la menzione fatta dal notaio debbe versare non sulla ignoranza o impotenza di sottoscrivere, ma sulla dichiarazione del testatore di non potere o non sapere sottoscrivere. Così, se il notajo dicesse « il testatore non à potuto sottoscrivere, per lo stato di estrema debolezza in cui ritrovasi » il testamento sarebbe nullo, poichè la causa che impedisce al testatore di sottoscrivere non parte dalla dichiarazione dello stesso testatore: Grenier, n. 242; Toullier, t. 5, n. 437; Merlin, addizioni alla *v. testament*, sez. 2, § 3, art. 3: Arresti della Corte Suprema di Napoli del 30 giugno 1825 (causa *Zinchelli* e *Cafaggi*); del 25 marzo 1842 (causa *Corsi*) Per altro, da questi principi si allontano la Corte Suprema con arresto del dì 17 aprile 1841 (causa *Carbone* e *Ferrara*), ritenendo per valido un testamento non sottoscritto dal testatore, e nel quale la causa dell'impedimento a sottoscrivere era stata indicata dal notaio, per essere sopravvenuta all'atto ed in presenza de' testimoni.

La dichiarazione poi del testatore di non sapere sottoscrivere esprime a sufficienza la cau-

---

(*) L'art. 14 della legge di ventoso anno XI esigeva, sotto pena di nullità, la menzione della sottoscrizione delle parti, de'testimoni e del notajo; donde conchiudevano i giureconsulti francesi, che la mancanza di questa menzione annullava il testamento.

nj nè i legatarj, qualunque sia il loro titolo, nè i loro parenti o affini sino al

---

sa per cui non sottoscrive. Il dubbio però può elevarsi, quando il testatore dichiara di non sapere *scrivere*. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 198, e Duranton, t. 9, n. 95 approvando una decisione della Corte di Donai ed altre decisioni, opinano per la nullità, pel motivo che la dichiarazione di non sapere *scrivere* non contiene in sè quella di non sapere *sottoscrivere*; ma Merlin, ibid. e Toullier, t. 5, n. 438 sono di contrario sentimento, per gravi ragioni. La dichiarazione del testatore di *non sapere scrivere* nulla à di equivoco; nel momento in cui à luogo, non può esservi pel testatore quistione di stendere un paragrafo, di scrivere una disposizione o aggiungere parole all'atto disteso tutto dal notajo, ma unicamente di apporre al testamento la sua firma, o dichiarare di non poterla fare. Ora quando egli che deve sottoscrivere, e non altro, il testamento, non lo sottoscrive perchè dichiara di non sapere *scrivere*, chi non vede che la dichiarazione di non sapere *scrivere* equivale a quella di non sapere *sottoscrivere*?

II. *Della falsa dichiarazione di non sapere sottoscrivere*—Può avvenire che il testatore non sottoscrive il testamento per la dichiarazione di non sapere sottoscrivere, quando realmente esso testatore sapeva sottoscrivere. In questo caso, la falsa dichiarazione del testatore rende nullo il testamento? Si, poichè si presume che il testatore abbia disposto contro la propria volontà, o che non abbia voluto disporre, da che è la sottoscrizione che perfeziona l'atto, e per conseguente quello che sa firmare o dice di non saperlo, fa un atto falso, non dà al suo atto quella prova e quell' attestato della sua volontà, che poteva dargli; non gli à impresso quel suggello di verità e di libertà, ch' era in poter suo. Merlin, *questions*, v. *signature*, § 3; Toullier, t. 5, n. 439, e t. 8, n. 93; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 199; Duranton, t. 9, n. 99; Grenier, n. 443, bis.

Per altro il testamento sarebbe valido, quantunque il testatore avesse saputo fare la sua firma anteriormente, se constasse che da molto tempo ne avea perduto l'abitudine. I citati scrittori sono di accordo su questo punto.

III. *Del luogo in cui deve farsi la sottoscrizione*, e *della menzione della dichiarazione di non potere* o *non sapere sottoscrivere*—Dicemme nella pag. 25, n. I, che non è necessario di farsi menzione della sottoscrizione, ma la sottoscrizione deve aver luogo *in fine* dell'atto, come dice l'art. 14 della legge *sul notariato*, perchè la sottoscrizione è che perfeziona l'atto. Tutto ciò che segue la sottoscrizione rende nullo il testamento, ammeno che non sieno spiegazioni, come osservammo nella pag. 21, n. IV.

In quanto poi alla menzione che deve farsi, quando il testatore o non sa o non può sottoscrivere, questa menzione deve farsi nella fine dell' atto? L'art. 899 tace su di ciò, ma l'art. 15 della legge *sul notariato* dice « Se le parti, o alcuna di esse non sanno, o non » possono scrivere, il notajo deve far menzione *in fine dell'atto* della loro dichiarazione e » de'motivi addotti ». Quantunque la giurisprudenza francese sia fluttuante (*), e si creda che il codice civile essendosi occupato in modo preciso della menzione di cui trattasi, non indica il luogo in cui debbe farsi, crediamo che dovesse sempre farsi *in fine* dell'atto, ossia dev'esser fatta dopo la menzione della lettura data al testatore, perciocchè tutte le formalità prescritte per la validità de' testamenti debbono essere sanzionate dalla sottoscrizione, o dichiarazione di non potere il testatore sottoscrivere.

Ma è necessario, a pena di nullità, di dar lettura al testatore della menzione di sua dichiarazione, ch'egli non può sottoscrivere? Gli autori del *Dictionaire du Notariat*, e *Rey* nel suo *Manuel des contraventions et nullité relatives au notariat* sostengono l'affermativa, pel motivo che la legge esigendo di darsi lettura al testatore del suo testamento, onde assicurarsi se le sue disposizioni e dichiarazioni sieno state fedelmente scritte, un tal motivo esiste anche in rapporto alla sua dichiarazione di non sapere o non potere sottoscrivere: in questo senso decise la G. C. civ. di Napoli, 1.a camera, con decisione de'7 dicembre 1827. Ma questa dottrina ci sembra contraria al testo degli art. 900 delle leggi civili, e 15 della legge sul notariato, che non esigono la lettura della dichiarazione fatta dal testatore di non sapere sottoscrivere, nè si può creare una nullità non pronunziata dalla legge. D'altronde la lettura della dichiarazione di non potere sottoscrivere è senza oggetto, perchè quando il notaio dichiara che il testatore non à potuto sottoscrivere pel motivo dallo stesso testatore datone, non fa altro con questa dichiarazione che supplire alla mancanza della sottoscrizione. Or, se non è richiesta la lettura della sottoscrizione, non dev' esserlo per identità di ragione quella della dichiarazione di non sapere e non potere sottoscrivere, altrimenti bisognerebbe giungere a dire, che la stessa firma fatta dalle parti dovesse proce-

---

(*) Merlin, *additions* alla v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3; Toullier, t. 5, n. 434; Duranton, t. 9, n. 100; Dalloz, t. 5, cap. 6, sez. 4, art. 4, § 5.

quarto grado inclusivamente, nè gli ajutanti de' notaj da' quali i testamenti saranno ricevuti (1).

V. gli art. 906 e 907.

dere la lettura di cui trattasi. Così à deciso la Cassazione di Parigi con arresto de'3 luglio 1834, Sirey, 34, 1, 636.

IV. *Della sottoscrizione de' testimoni*. Su di ciò vedi la nota seguente.

(1) Vi sono tre cose a considerare in rapporto a' testimoni testamentari: 1.° Il qual numero debbono essere, e della menzione della loro presenza: 2.° Quali sono le qualità che deggiono avere: 3.° Se i testimoni intervenuti nel testamento possano deporre nel giudizio di falso. Ciò formerà il suggetto di tre §.

§. I.

Del numero de' testimoni, della sottoscrizione, e della menzione della loro presenza.

I. *Numero de' testimoni e sottoscrizione*. Qui ci occupiamo del numero de' testimoni nei testamenti per atto pubblico: il numero de' testimoni ne' testamenti mistici sarà discusso nella pag. 42.

Quattro testimoni debbono intervenire nel testamento ricevuto da un notajo: se intervengono due notai, è soltanto necessaria la presenza di due testimoni: art. 897.

I testimoni debbono firmare il testamento? Per dritto romano era indispensabile la sottoscrizione ne' testamenti scritti e solenni, l. 22, § 4, ff. *qui testam. facere poss.*, e l. 21, C. *de testam*. Se ne eccettuavano nondimeno i testamenti mistici o fatti ne' campi: allorchè in tal caso, non si potevan trovare cinque testimoni che sapessero firmare, bastava che il testatore loro dichiarasse la sua volontà, ed essi ne rendevano la testimonianza davanti il giudice; l. ult. C. *de testamentis*.

Il codice civile distingue a questo riguardo i testamenti mistici ed i testamenti pubblici. L' art. 902 prescrive che l' atto di soprascrizione dev' essere sottoscritto da tutt' i testimoni che vi assistono. A riguardo de' testamenti pubblici la legge fa una seconda distinzione. O si tratta di un testamento fatto innanzi notori, ed in tal caso l'art. 900 vuole che il testamento dev'essere sottoscritto da' testimoni: « tuttavia, soggiunge detto art., *nelle campagne* basterà che sia sottoscritto da uno de' testimoni, se il testamento si è ricevuto da due notai, e che sia sottoscritto da due de' quattro testimoni, se si è ricevuto da un notaio solo ». Se si tratta di un testamento fatto all' armata, in tempo di peste o sul mare, l'art. 924 stabilisce, che nel caso in cui si richiegga la presenza di due testimoni, il testamento sarà sottoscritto almeno da uno di loro, e si farà menzione della causa per cui l'altro non avrà sottoscritto.

Da ciò tre quistioni dobbiamo esaminare:

La prima quistione che si presenta è, su la distinzione che l'art. 900 fa tra le città e le *campagne* si possa applicare al testamento mistico. Maleville sull' art. 976 (902) sostiene l' affermativa per identità di ragione, ed invoca anche le discussioni del Consiglio di Stato; ma le Corti ed i giureconsulti ànno professato una dottrina contraria per più motivi: 1.° Dal luogo che occupa l'art. 900, perciocchè i tre articoli che lo precedono e quello che immediatamente lo segue riferendosi al testamento per atto pubblico, è altresì a' testamenti per atto pubblico ch' esso stesso si rapporta; 2.° Il testo dell' art. 900 non parla che del caso in cui il testamento è ricevuto da un notajo e quattro testimoni, o da due notai e due testimoni. Ora i due casi previsti dall' art. 900 riflettono esclusivamente il testamento per atto pubblico, nè possono rapportarsi al testamento mistico per la validità del quale si richiedono sei testimoni: l'eccezione stabilita dalla legge per i testamenti per atto pubblico non può estendersi, anche sotto il pretesto d'identità di ragione, a' casi ai quali il legislatore non l'à appropriato. Merlin, rep., v. *temoin istrumentaire*, § 2, n. 23; decisione della Cassazione di Parigi del 20 luglio 1809, ibid; della Corte di Pau, 19 dicembre 1829, Sirey 30, 2, 133; Toullier, t. 5, n. 483; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 210; Grenier, n. 274; Duranton, t. 9, n. 144—Aggiungasi, che nel nostro Supremo Consiglio di Cancelleria si propose nella discussione dell' articolo 900 di spiegarsi, essere il detto art. 900 applicabile a' testamenti mistici, ma il consiglio adottò la proposizione del consigliere Magliano che espose, non potersi ammettere la dispensa, di che è parola nell' art. 900, se non pe' soli testamenti per atto pubblico, sì per la naturale giacitura della disposizione che l' autorizza, sì perchè nella soprascrizione de' testamenti mistici si richieggono almeno sei testimoni. Amorosi, *traduzione di Duranton*, t. 9, n. 102.

902. Quando un testatore vorrà fare un testamento mistico o segreto, do-

---

La seconda quistione consiste nel definire il senso della parola *campagna* adoperata dall'art. 900. Il Tribunato di Francia propose (in Locrè 5, p. 296, n. 43) di determinare la denominazione di *campagna* dal numero della popolazione fissato a mille anime, o al di sotto, onde non lasciare all'arbitrio de' magistrati la determinazione de' luoghi. Nel nostro supremo consiglio di Cancelleria (attesta Amorosi nella *traduzione di Duranton*, t. 9, n. 102) si propose definire la voce *campagna*, per così non abbandonarne il significato all'arbitrio del giudice. Si opinò dal consigliere Winspeare volersi comprendere nella parola *campagna* la riunione di più abitazioni rurali, che non ànno una propria amministrazione, ma dipendono da un altro comuno, ed i cui cittadini sieno agricoli. Soggiunse il consigliere Pasqualini, che trovava assai analogo e più semplice il disposto della l. ult. C. *de testamentis*, la quale dispensava il numero de' testimoni in que' luoghi solamente ove *rari inveniuntur homines literati*. Ed il consigliere Sollima divisò potersi generalmente ammettere la dispensa del numero de' testimoni in que' *comuni* che non contenessero più di 500 anime. Ma il Consiglio non portò all'art. in disamina alcuna riforma sulle osservazioni del consigliere Magliano, che avvertì essere ben difficile e pericoloso dare un'esatta definizione della parola *campagna*, il cui significato bisognava rimettere in tutto al criterio de' tribunali, avuti presenti i diversi elementi e le varie circostanze di fatto: soggiunse che la proposizione del Consigliere Pasqualini dava luogo a maggiore arbitrio, e che il limitare ne' testamenti pubblici la dispensa de' testimoni in ragione del numero de' cittadini, parea cosa irregolare ed assurda — Consegue da questa discussione, che è nella facoltà de' giudici del merito definire se il testamento redatto in un determinato luogo sia una *campagna*. Toullier, t. 5, n. 445; Grenier, n. 245; Duranton, t. 9, n. 102; Decisioni in Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.*, cap. 6, sez. 4, art. 1, § 1. Vedi pure una decisione della Corte di Grenoble del 22 marzo 1832, Sirey, 33, 2, 133.

La terza quistione è, se un testamento fatto in presenza del numero richiesto dalla legge, di testimoni capaci, vi assistano degli altri testimoni cui manchi qualcuna di queste qualità, il testamento sia nullo. La negativa è una conseguenza della regola generale *utile per inutile non vitiatur*, e non vi à ragione per non applicare questa regola alla proposta ipotesi: Merlin, rep., v. *temoin instrumentaire*, § 2, n. 25; Toullier, t. 5, n. 406; Duranton, t. 9, n. 121.

II. *Menzione della presenza de' testimoni* — Osservammo nella pag. 17 in fine, che i testimoni debbon essere presenti alla confezione dell'intero testamento, ma non è necessario che si faccia menzione espressa di essere stati presenti alla dettatura e scrittura del testamento. La presenza de' testimoni all'intero atto viene implicitamente indicata dalla dichiarazione che ordinariamente fanno i notaj, *fatto in presenza de' sottoscritti testimoni*, dalla menzione della lettura che deve farsi in presenza de' testimoni, e dalla sottoscrizione de' medesimi. Ma ne' testamenti ricevuti in *campagna*, ne' quali non è richiesta la sottoscrizione di uno o due testimoni, secondo che sono ricevuti da due o un notaio, deve farsi, sotto pena di nullità, menzione che il tale o tale testimone non à sottoscritto, e de' motivi addotti per non potere sottoscrivere: art. 15 e 26 della legge *sul notariato*.

II.

Quali sono le qualità che deggiono avere i testimoni testamentari.

I. Prima di discendere all'esame delle qualità che debbono avere i testimoni testamentari, conviene tener presenti tre regole generali.

La prima regola è, che l'incapacità de' testimoni intervenuti in un testamento non si presume, poichè quando il notajo à dichiarato a' termini dell'art. 10 della legge *sul notariato*, i nomi, cognomi, età, professione de' testimoni, si presume che riuniscano le qualità richieste, e spetta all'erede legittimo, il quale oppone la nullità del testamento per incapacità di uno o più testimoni, farne la pruova. Merlin, rep., v. *temoin instrumentaire*, § 2, n.° III.

La seconda regola è, che per valutare la idoneità de' testimoni bisogna considerare il tempo della testamentifazione: la incapacità posteriore non pregiudica la validità del testamento: l. 22, § 1, ff, *qui testamenta facere possunt*; Merlin, ibid; Toullier, t. 5, n. 405.

La terza regola è, che la capacità *putativa* de' testimoni conserva lo stesso effetto che la capacità reale. La capacità putativa però non si stabilisce punto per la sola opinione del notaio e de' testimoni sulla capacità di un testimone incapace; la capacità putativa non può risultare che da una serie di atti moltiplici che formano pel testimone un possesso pub-

vrà sottoscrivere le sue disposizioni, tanto se sieno state scritte da lui stesso,

---

blico e pacifico dello stato ch'ossa suppone: se il testimone non à questo possesso, l'errore che gli attribuisce uno stato contrario al suo non à veruna base, poichè l'errore di fatto non è scusabile, che quando è prodotto da circostanze da cui sarebbe stato moralmente impossibile di premunirsene; § 7, Inst. *de testamentis ordinand.*; l. 1, C. *de testamentis*; Merlin, rep. v. *temoin*, § 2, n.° 26; Toullier, t. 5, n. 407; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 218; Duranton, t. 9, n. 109; Grenier, n. 256.

II. Entriam'ora in materia per la capacità che debbono avere i testimoni.

Possono far da testimoni tutti coloro che la legge non dichiara incapaci. La incapacità può esser *naturale* o *civile*. Gli art. 901 e 906 non si occupano che delle incapacità civili, e la legge tace sulle incapacità naturali. Da questo silenzio non bisogna conchiudere che non debbesi ne'testimoni considerare la capacità naturale. Il codice non si è occupato espressamente delle incapacità naturali, perchè si è riportato su questo punto alla prudenza del magistrato, il quale dallo scopo che il legislatore à avuto nell'intervento de'testimoni può conoscere quali sieno le incapacità naturali de'testimoni. Merlin, rep., v. *temoin*, §, 2, n.° 4; Toullier, t. 5, n. 390; Delvincourt, lib. 4, tit. 4, nota 216.

Laonde dobbiamo occuparci dettagliatamente delle incapacità naturali e delle incapacità civili.

Incapacità naturali de' testimoni.

Sono incapaci:

1.° Le donne: l'art. 906 prescrivendo che i testimoni debbono essere *maschi*, esclude le femmine, uniformemente al § 5, Inst. *de testamentis ordinandis*, ed alla l. 20, § 7, ff. *qui testam. facere possunt.* Per qual ragione le donne sono ammosse a far testimonianza, quando trattasi di fatti le cui pruove dipendono dalle dichiarazioni di persone che àn potuto averne qualche notizia, anche ne'delitti, e non possono poi far da testimoni ne'testamenti? La ragione si è (dice Domat, p. 2, lib. 3, tit. 5, sez. 3, n. 4) che tra gli atti volontari ne'quali si ricevono testimoni, e gli altri casi di pruove di fatti vi è tal differenza, che in questi non si possono scegliere i testimoni, ma ne'testamenti e negli altri atti, la scelta de'testimoni è del tutto volontaria, e perciò essendo più naturale per gli uomini una tal testimonianza, non vi si debbono mischiar le donne:

2.° I ciechi, i sordi muti, gl'insensati sono incapaci. Questo positivamente risulta dalla l. 20, § 4, ff. *qui testamenta facere possent*, dal § 6 Inst. *de testamentis ordinandis*, e tal è lo spirito del codice civile. Imperciocchè lo scopo del legislatore nell'esigere l'intervento de'testimoni è di prevenire qualunque sorpresa, è di garantire il puntual adempimento di tutte le formalità. Bisogna dunque per conseguire questo scopo, che i testimoni vedano il testatore, che sentano quel che dice, che lo comprendono, e che possano certificare tutto ciò che l'atto enuncia essersi fatto in loro presenza, realmente lo sia stato. È necessario quindi che i testimoni non sieno ciechi, nè sordi, nè insensati. Merlin, rep., v. *temoin*, § 2, n.° 5; Toullier, t. 5, n. 390; Grenier, n. 254; Duranton, t. 9, n. 104.

Ma i muti sono incapaci? Il § 6, Inst. *de testamentis ordinandis* decideva espressamente l'affermativa, e la stessa cosa sostiene sotto l'impero del codice, Grenier, ibid. Ma Merlin, ibid., osserva in contrario, che per dritto romano i muti non potevano esser testimoni in un testamento, perchè dovevano i testimoni promettere al testatore di render testimonianza delle sue disposizioni, *repromittere testimonium.* Ora i testimoni non essendo obbligati di fare simile promessa, non è necessario che sappiano parlare, purchè vedessero il testatore o lo sentissero. La stessa dottrina è seguita da Toullier, t. 5, n. 392 e da Duranton, t. 9, n. 104.

3.° I minori sono pure incapaci: art. 906.

4.° I testimoni debbono intendere la lingua nella quale le disposizioni sono dettate. Imperciocchè la presenza de' testimoni è soprattutto richiesta per attestare che il notaio abbia espresso fedelmente le disposizioni che gli sono state dettate dal testatore; ed a che l'art. 897 avrebbe richiesto la lettura in presenza de'testimoni, se i testimoni non intendessero la lingua del testatore? Maleville, sull'art. 972 (897), Grenier, n. 255, Toullier, t. 5, n. 393, Duranton, t. 9, n. 79, non mettono in controversia questo punto. Merita sul proposito di essere letta la erudita e profonda dissertazione di Merlin (*questions de droit* v. *testament*, § 17) il quale dimostra col dritto romano, con l'analisi dell'art. 980 (906), con ragioni d'inconvenienti, e con analisi critica di molte decisioni, che il testamento per atto pubblico non sarebbe valido, se i testimoni non intendessero la lingua del testatore.

quanto se l'abbia fatto scrivere da un altro. La carta in cui saranno stese que-

---

Incapacità civile de' testimoni.

Sono incapaci civilmente:

Primo—Coloro che non sono *sudditi del Re*, dice l'art. 906. Quindi gli esteri non naturalizzati, ancorchè godessero nel regno i dritti civili, ed i nazionali che ànno perduto questa qualità a norma degli art. 20 e *seg.*, sono incapaci.

Secondo — I testimoni per esser capaci debbono *godere i dritti civili*, dice l'art. 906, ossia debbono essere nell' *esercizio* de' dritti civili. Quindi gl' *interdetti* non possono fare da testimoni, poichè non esercitano i dritti civili, o per l' art. 432 sono assimilati a' minori — I *condannati* a pene criminali dell' ergastolo, de' ferri e di reclusione, non che gl'inscritti nell'albo de'rei assenti sono pure incapaci: art. 16 e 17, *leg. pen.*, e 466 p. p.

Debbono inoltre i testimoni esser domiciliati nel distretto del comune ove è ricevuto l'atto, come prescrive sotto pena di nullità l'art. 9 della legge *sul notariato ?* Toullier, t. 5, n. 393 sostenne l'affermativa, ma l' opinione contraria sostenuta da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 216, da Grenier, n. 247 e 248 bis, da Duranton, t. 9, n. 106, è prevalsa nella giurisprudenza riferita da Merlin, rep., v. *temoin*, § 2, n. 22, per la ragione che la legge sul notariato è applicabile al codice civile su'punti ne'quali nel codice medesimo non vi è derogazione. Or avendo l' art. 906 delle ll. cc. dichiarato che i testimoni debbono essere *sudditi del Re godenti de' dritti civili*, è evidente che queste espressioni non ànno potuto essere impiegate, che nel senso di una più gran latitudine. Così à pure deciso la Corte Suprema di Napoli con arresto del dì 1 ottobre 1842 (causa *Capitolo di S. Severina e Mango*).

Terzo — Sono incapaci *i legatari*, *i loro parenti* o *affini sino al quarto grado inclusivamente*, dice l'art. 901. Le leggi romane proibivano di servire da testimoni agli eredi instituiti, a'figli che avevano sotto la loro potestà, al loro padre, a'fratelli non emancipati; § 10, Inst. *de testamentis ordinandis*: permettevano a' legatari ed a' sostituiti di fare da testimoni, § 11, ibid. Gli altri parenti poi dell' erede, come gli zii ed i cugini non erano esclusi, perciocchè per dritto romano la parentela non bastava per escludere un testimone testamentario, se dessa non era unita all'autorità paterna. Il codice rende comune a'legatari una regola che il dritto romano avea ristretta agli eredi, ed à stabilito in principio, che i testimoni debbono essere indipendenti, nè interessati direttamente o indirettamente, e quindi estende la incapacità non solo al legatario, ma anche a'suoi congiunti o affini sino al quarto grado inclusivamente (*).

È da notarsi intanto sulla incapacità de' legatari e loro congiunti:

1.° Che l' esclusione de' legatari colpisce le sole persone che vengono realmente e personalmente beneficate col testamento. Non debbonsi adunque escludere come testimoni gli individui che si trovassero legatari per effetto di una disposizione contenente piuttosto un peso dell'eredità, che una liberalità personale, un donativo vagamente assicurato, o senza indicazione individuale a qualsivoglia persona che adempisce al legato o alla volontà del testatore. Tal è il caso di un legato fatto ad una Chiesa sotto la condizione di doversi celebrare messe, ovvero il legato fatto al sacerdote amministratore di una data chiesa, per impiegarlo in preghiere, poichè questo non è un legato propriamente detto, ma un peso: così decise la Cass. di Parigi con arresto degli 11 settembre 1807, in Merlin, *questions de droit*, v. *testament*, § 14. E la Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto del dì 11 gennajo 1827 (causa *Viscosi e Saccente*) decise, che l'intervento de' nipoti di colui che si è destinato per la celebrazione di messe, come che con elemosina maggiore di due carlini, non rende nullo il testamento, giacchè non è questo un legato al prete, ma un peso dell'erede. I dottori professano la stessa dottrina: Grenier, n. 248; Toullier, t. 5, n. 398; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 218; Favard, v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 2, n.° 13.

2.° Che il testimone incapace per essere affine del legatario, lo è anche quando fosse morto il conjugo che produceva l' affinità, senza figli. La dottrina contraria sembra essere una conseguenza de' principî di Toullier e Carrè; Toullier, t. 9, n. 438 insegna che l'affinità si discioglie per la morte del conjuge trapassato senza figli, e Carrè, *lois de proced.*, n. 341 definisce l' affinità, *un' ombra di parentela che svanisce colla causa che l' à prodotta:* questa definizione prende argomento dall'art. 378 proc. civ. Ma si può rispondere che quando il legislatore à voluto che cessasse l'impedimento per la morte del conjuge senza figli, l'à detto, come nello stesso art. 378. Or non avendo ripetuto questa eccezione nel caso

---

(*) Se questa disposizione possa riferirsi al testamento mistico, vedi la pag. 42.

ste disposizioni, o quella che servirà d'involto, quando vi sia, sarà chiusa e

---

de' testimoni testamentari, bisogna conchiudere per le incapacità: arresto della Cass. di Parigi del 16 giugno 1834, Sirey, 34, 1, 729 a 733.

3.° Che l'art. 901 non esclude testualmente il *conjuge* del legatario, ma la esclusione è implicita, perciocchè se sono esclusi gli *affini* del legatario, a più forte ragione lo dov'essere il conjuge a causa di cui è prodotta l'affinità. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 220; Duranton, t. 9, n.° 114.

4.° Che le incapacità de'parenti ed affini del legatario non si può estendere a' parenti o affini del testatore, quando non sono legatari. Egli è vero che il § 9, *Inst. de testamentis ordinandis* stabiliva la stessa regola che per i parenti dell'erede istituito, vale dire che il figlio in potestà, suo padre ed i suoi fratelli non emancipati, non potevano far testimonianza ne'testamenti gli uni degli altri; ma questa regola derivava dal principio che questi individui eran considerati come una sola persona. Neppure si potrebbe opporre l'articolo 12 della legge sul *notariato*, che pronunzia l'incapacità de' parenti ed affini delle *parti contraenti*: questo art. non si può applicare a'testamenti, anche perchè i parenti del testatore sono interessati ad impedire, anzi che a promuovere l'esecuzione del testamento. Merlin, rep. v. *temoin*, § 2, n.° 17; Toullier, t. 5, n. 399; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 219; Duranton, t. 9, n. 116.

5.° Che il marito non è incapace ad intervenire come testimone nel testamento della moglie, poichè le incapacità non si possono estendere. Anche le leggi romane guardavano il silenzio su di ciò. Merlin, rep., v. *temoin*, § 2, n.° 18; Toullier, t. 5, n. 400; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 219.

6.° Che i testimoni possono essere parenti tra loro, nè vi sarebbe nullità in un testamento nel quale àn servito da testimoni un padre e tre figli. Debbe per altro evitarsi la riunione di molti testimoni della stessa famiglia, perciocchè può divenire una presunzione di falsità o di suggestione; § 8. Inst. *de testamentis ordinandis*; Toullier, t. 5, n. 403; Merlin, rep., v. *temoin*, § 2, n.° 13; Grenier, n.° 250; Duranton, t. 9, n. 117.

7.° Si dubita, se i domestici del legatario possano fare da testimoni. La Corte di Caen a' 4 dicembre 1810 (Sirey, 1813, 2, 65). deciso affermativamente, perchè l'art. 901 del codice non li esclude. Questa dottrina è approvata da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 220, e da Merlin, repert. 4.ª ediz. v. *temoin*, § 2, n. 15, i quali prevedono la difficoltà che potrebbe derivare dall'articolo 10 della legge *sul notariato*, che dichiara non poter fare da testimoni le persone *addette al servizio delle parti;* ma rispondono che le espressioni *delle parti* non potrebbero comprendere i legatari. Ma Duranton, t. 9, n. 115 impugna questa dottrina con solido ragioni: « Se si volessero dichiarar capaci i domestici del legatario, bisognerebbe dire del pari, e per applicazione de'medesimi ragionamenti, che i domestici de'notai da' quali è rogato il testamento, possano ancora figurare come testimoni istrumentari; giacchè, egualmente che i servi de'legatari, il codice non gli esclude punto, che nè anche di essi ragiona. Bisognerebbe dir similmente, che i parenti o affini de'notai, de'quali la legge di ventoso non ammette la testimonianza in linea retta, e nella trasversale sino al grado di zio o nipote, sieno eziandio idonei ad esser testimoni nel testamento: ma allora quali mire contraddittorie non ci è pur forza supporre nel legislatore! Che! avrà egli creduta sospetta e non ammessa ne' testamenti la testimonianza de' cognati ed affini de' legatari sino al quarto grado inclusivamente, la qual testimonianza ammette pur tuttavolta in quest'ultimo grado negli altri atti pubblici; e da un'altra parte avrà poi voluto accogliere quella de' domestici di essi medesimi legatari, non che quella de' parenti, affini e domestici de' notai, che non ammette egualmente quando si tratti di qualunque altro atto! Ciò per verità sarebbe assai inconseguente ed assurdo! La dipendenza di un domestico del legatario o del notajo è sicuramente la medesima. Siffatta risoluzione non è punto contraria a quello che abbiamo detto, che cioè le qualità generali che debbono avere i testimoni chiamati a'testamenti son regolate dal codice civile: imperciocchè stabiliamo questa proposizione solamente sotto il rapporto delle qualità personali richieste in ciascuna persona, astrazione fatta dalla persona del testatore; giacchè in tal caso è un altr'ordine di capacità, una capacità relativa, se è lecito così esprimersi, la capacità di esser testimone nel testamento di quella tale persona. Or bene, il Codice non fissò regole assolute relativamente a questa capacità; si spiega solo rispetto a' parenti o affini de'legatari sino al quarto grado inclusivamente, e solo rispetto agli ajutanti de' notai dai quali vien l'atto ricevuto. Sotto tal rapporto, le sue disposizioni sono incompiute, bisogna dirlo, ma nulla induce a credere che siano però concepite in significato ristrettivo ».

8.° Si è dubitato altresì, se l'esecutore testamentario possa esser testimone. Bisogna distinguere: se l'esecutore testamentario è semplice incaricato delle volontà del testatore, *nudus minister*, non v'à dubbio ch'è capace, come è capace il tutore del legatario, l. 20,

sigillata. Il testatore la presenterà così chiusa e sigillata al notajo ed a sei te-

ff. *qui testamenta facere possunt*. Se poi l'esecutore testamentario viene a ricevere direttamente o indirettamento un legato, ò incapaco a render testimonianza. Merlin, rep., v. *temoin*, § 2, n. 19; Toullier, t. 5, n. 401; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 118; Duranton, t. 9, n. 118.

Quarto— Sono incapaci *gli ajutanti de'notai*, secondo l'art. 901. Rispetto agli *ajutanti de'notai*, da'quali il testamento viene ricevuto, si sono, dice Dalloz (*disposit. entre vifs, et testament.*, C. 6, sez. 5, § 4, n.° 25) elevati dubbi risultanti dal non aver la legge determinato in niun luogo le qualità dalle quali potesse riconoscersi la professione di ajutante di notajo. I tribunali, valutando le circostanze, potranno decidere, se i testimoni abbiano realmente tal qualità. Il fatto di una ricompensa pecuniaria non è il solo che potesse caratterizzarla: spesso avviene, che in ciascuno studio di notaio vi sieno molti ajutanti a'quali non si dà compenso di sorta alcuna; ma non bisogna confondere co'giovani di notaio le persone le quali, per loro istruzione, ajutassarò il notaro con un lavoro libero, quantunque abituale; soprattutto se le medesime avessero altre occupazioni o esercitassero una professione estranea a quella del notaio. Ripetiamolo: la quistione dipenderà sempre dallo circostanze, siccome l'abbiamo fatto osservare, *Rec. pér*, 1825, 2, 66, in una nota la quale à ottenuto il suffragio di Grenier, n.° 253 bis ». — La Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto del dì 26 marzo 1816 (causa *Falcinelli e Cipolla*) decise, che non sono impediti a far da testimoni ne' testamenti per atto pubblico gli amanuensi della cui opera accidentalmente si serve il notaio stipulatore, ma si bene i giovani che abitualmente frequentano il suo studio per apprenderne la professione.

Si è elevata la quistione, se i domestici, i parenti ed affini del notaio in linea retta, o in linea collaterale inclusivamente sino al terzo grado, sieno incapaci, come negli atti notariali, giusta l'art. 10 della leggo *sul notariato*. Delvincourt, lib. 3, tit. 4. nota 220 sostiene la negativa, pel motivo che l'art. 901 delle leggi civili avendo riprodotto la proibizione soltanto rispetto agli ajutanti del notaio, le altre persone indicate nella legge sul notariato conservano la loro piena capacità. Ma Grenier, n. 245, Merlin, rep., v. *temoin*, § 2, n. 13, Toullier, t. 5, n. 402, Duranton, t. 9, n. 115 sostengono con fondamento la contraria opinione, e noi abbiamo esposto nella pag. 23, n. V, che la logge sul notariato è applicabile per l'art. 898 allo formalità testamentarie in quanto non si oppone alle disposizioni delle leggi civili: or non ritrovasi nell'art. 901 alcuna disposizione contraria alla legge sul notariato, in quanto a'legami tra il notaio ed i testimoni.

III.

Se impugnato di falso il testamento, possano deporre i testimoni intervenuti all'atto.

La leggo non vieta di sentire i testimoni che sono intervenuti nel testamento impugnato di falso principale o di falso incidente civile. Dalla testimonianza de' testimoni testamentari si può trarre qualche lume sulla esistenza o inesistenza del misfatto, ed il ricusaro di sentire i testimoni testamentari sarebbe lo stesso cho rendere impossibile la pruova del misfatto. I testimoni che possono essere amministrati per istabilire il misfatto di falso non sono ripulsabili ne' giudizi penali che ne'casi preveduti e specificati tassativamente dall'art. 202 proc. pen., e nel giudizio di falso incidente civile, dall'art. 378 p. c.

Rimane soltanto a sapere, se i giudici possano convincersi della falsità del testamento sulle sole deposizioni de'testimoni testamentari. I giudici del fatto non dovrebbero prestare fede a'detti de'testimoni che rivengono contro la propria sottoscrizione. La sorte degli atti non dev'essere abbandonata alla corruzione de' testimoni, e qual confidenza potrebbero inspirare alla giustizia uomini cho vengono ad accusarsi di esser complici di falsità in atto autentico? Quando il querelante non à saputo somministrare alla giustizia altra pruova, che la esclusiva testimonianza de' testimoni testamentari, non bisogna far prevalere la disdetta alla sottoscrizione dell'atto. Ma quando vi sono altri elementi di pruova che avvalorano la falsità dedotta *manifestissimis probationibus*, come dice la l. 14, Cod. *de contrahenda ed ammittenda stipulatione*, non si deve rigettare la deposizione de'testimoni che confessano la propria colpa. Ad ogni modo, essendo questo giudizio di fatto, è una massima fondamentale del nostro sistema giudiziario, che i giudici di fatto non sono tenuti ad alcuna regola legale in quanto alla pienezza della convinzione. La sola confessione de'rei può servir di base ad una condanna secondo le circostanze. In una parola la libertà del criterio morale rende i giudici arbitri di valutare le pruove raccolte. V. Merlin, rep., v. *temoin*, § 2, num. VIII; Toullier, t. 9, n. 310 a 314.

stimonj almeno, ovvero la farà chiudere e sigillare in loro presenza, e dichiarerà che il contenuto in quella carta è il suo testamento da lui scritto e sottoscritto, o scritto da un altro e da lui sottoscritto. Il notajo formerà l'atto di soprascrizione, che verrà steso sulla carta medesima, ovvero sul foglio che serve d'involto: questo atto sarà sottoscritto tanto dal testatore, che dal notajo e da' testimonj. Tutto ciò sarà fatto nel medesimo contesto, senza deviare ad altri atti: e nel caso che il testatore, per un impedimento sopraggiunto dopo aver sottoscritto il testamento, non potesse sottoscrivere l'atto di soprascrizione, si dovrà esprimere la dichiarazione che egli ne farà, senza che sia necessario in questo caso di accrescere il numero de' testimonj (1).

V. gli art 927, 933 e 934 II. cc; 993 p. c, e 33 della legge sul notariato.

(1) Per presentare con ordine e chiarezza la teorica del testamento mistico, comenteremo complessivamente gli art, 902 a 905, suddividendo questa nota in tre distinti §. Nel primo discorreremo la storia del testamento mistico, e qual'è attualmente il suo carattere. Nel secondo vedremo quali persone possono fare un testamento mistico. Nel terzo esamineremo le forme del testamento mistico.

I.

Storia del testamento mistico, e qual è attualmente il suo carattere.

I Prima delle leggi delle dodici tavole, l'uso avea introdotto in Roma due specie di testamenti, cioè il testamento *calatis comitiis* che si faceva al cospetto del popolo, ed il testamento *in procinctu* proprio e particolare a' soldati, allorchè trovavansi in campagna. Così insegna Giustiniano nel § 1 delle Inst. *de testamentis ordinandis*.

Sopravvenne la legge delle dodici tavole, che da una parte rendeva i padri di famiglia padroni assoluti del proprio patrimonio, e d'altronde voleva che ogni alienazione, per essere pienamente autorizzata dal dritto civile, si facesse mediante mancipazione, *per mancipationem*, val dire, mediante una vendita in forma solenne. E siccome le grandi assemblee del popolo tenevansi due volte l'anno, e da ciò avveniva che spesso morivasi senz'aver potuto testare, i giureconsulti stabilirono un'altra forma di testamento, alla quale applicarono la mancipazione e vendita solenne, consacrata dalla legge delle dodici tavole, e che chiamarono testamento *per aes et libram*, del quale indicammo le forme nel t. 1, nota 1, pag. 362. Sembra che nella sua origine il testamento *per aes et libram* fosse stato nuncupativo (quantunque molti autori ne dubitassero), essendo gli eredi apertamente nominati. Ma derivarono ben presto da queste sistema seri inconvenienti, poichè coloro che sapevano di essere eredi insidiavane la vita del testatore, il quale era inoltre esposto al risentimento degli eredi del sangue. Per ovviare a tali inconvenienti, si abbandonò la forma nuncupativa, ed il testamento *per aes et libram* non si fece più che per iscritto, in guisa che si continuò ad osservare la solennità della vendita per conformarsi alla legge delle dodici tavole; ma la vendita non più facevasi che ad un terzo compratore fittizio, mentre che il nome del vero erede e le altre disposizioni del testatore erane scritto sopra tavolette di cera chiuse, e rimanevane segrete fin dopo la sua morte. Vinnio, Inst. sul § 1 *de testamentis ordinandis*.

In appresso, i pretori introdussero un nuovo modo di testare, e più semplice e più rapido, ed accordavano il possesso de' beni secondo le tavole del testamento, quando il testamento era rivestito del suggello di sette testimoni, formalità la quale, fino allora non era stata necessaria, come osserva Giustiniane al § citato. E la l. 22, § 7, ff. *qui testamenta facere possunt* soggiunge, che le tavole testamentarie non sono riputate suggellate o chiuse, se non in quanto i suggelli si trovino apposti in un pannolino o sulla tela che serve di involto a queste tavole. Laonde, il testamento pretorio non era egualmente che il testamento per *aes et libram*, che un testamento scritto, chiuso e segreto.

Colpiti gl'imperadori Teodosio e Valentiniano dagli abusi e dalle frodi che produceva un modo troppo facile di testare, diedero fuori una costituzione, colla quale prescrissero ulteriori formalità pel testamento segreto. È da questa novella, conosciuta sotto il nome di novella 9 di Teodosio, che fu attinta la l. 21, C. *de testamentis*, che Cujacio colloca fra le leggi le più celebri. Con questa legge, le formalità del testamento scritto furono regolate ne' seguenti termini:

» Permettiamo a coloro i quali fanno un testamento per iscritto, o che sia stato scritto
» di loro propria mano, o da quella di chiunque altro, ed i quali desiderano che le dispo-

903. Se il testatore non sappia sottoscrivere, o non l'abbia potuto quan-

---

» sisioni ne rimangano ignote o segrete, di mostrarlo suggellato o ligato, o solamente chiu-
» so ed avvolto, a sette testimoni, cittadini romani, maschi e puberi, i quali devono es-
» sere stati invitati a questo effetto, e di presentarlo loro., perchè vi oppongono simulta-
» neamente i propri suggelli od impronte, e le loro firme. È necessario inoltre, che il te-
» statore dichiari che lo scritto che ad essi presenta, contiene il suo testamento, e che vi
» apponga del pari il suo suggello e la sua firma in loro presensa. Ciò fatto, e se i testi-
» moni l'ànno firmato e suggellato in un solo e medesimo tempo, il testamento sarà valido,
» senza che si possa impugnarlo sul fondamento che i testimoni ne ignorino le disposizioni.
» Che se il testatore non sappia o non possa firmare, noi vogliamo che sia chiamato un ot-
» tavo testimone il quale firmerà per lui, e che le stesse formalità vengano d'altronde os-
» servate—Non è necessario che l'azione di dettare o di scrivere il testamento coincida col-
» l'impiego del ministero de' testimoni, o che vi sia unità di tempo a tal riguardo: ma ba-
» sta che il testamento, quantunque di già dettato o scritto non in presensa de' testimoni,
» sia rivestito delle loro firme e de'loro suggelli in un solo o medesimo tempo, e senza mi-
» schiarvi alcun atto estraneo—Il testamento si chiude colle firme de'testimoni e coll'appo-
» sisione de'loro suggelli. Un testamento che i testimoni non ànno firmato e suggellato, è
» imperfetto » (*).

Giustiniano si occupò del testamento scritto nelle Istitusioni, tit. *de testamentis ordinandis*, § 3. Ei ricorda, che per effetto della riunione del dritto civile e del dritto pretorio al dritto imperiale, operata tanto mercè l'uso, che mercè le costituzioni degl' Imperadori, questo testamento doveva esser fatto successivamente e senza interrazione, in presensa di sette testimoni, i quali vi apponessero i loro suggelli Che perciò le formalità del testamento mistico di Giustiniano prendevano la loro sorgente ne' tre differenti dritti, val diro; la presensa de' testimoni per la formasione del testamento in un solo e medesimo tempo, nel dritto civile; le firme del testatore e de' testimoni, nelle costituzioni imperiali; i suggelli ed il numero de' testimoni, nell' editto del pretore.

II. Le disposisioni del dritto romano avoano forza di legge nel regno, in quanto alle formalità del testamento mistico. Se non che il testamento dovea esser ricevuto da un pubblico notaio, oltre alla presenza del giudice a contratti, che, in ogni scrittura pubblica che faceva il notaio, dovea intervenire.

III. In Francia l'ordinansa del 1735 conteneva cinque notevoli art. su'testamenti mistici o segreti (**), e che erano una spiegazione delle disposizioni del dritto romano. Quando si venne alla compilazione del codice civile, il consiglio di Stato adottà in principio (Locré 5, p. 261, n. 18) che la forma del testamento mistico o segreto sarebbe stata conservata tal

---

(*) Purchè non trattavasi di un testamento tra figli, caso nel quale il testamento sarebbe stato valido, quantunque imperfetto, secondo dichiara il § 1 della stessa legge.

(**) Questi articoli sono il 4, 9, 10, 11 e 12. È utile trascriverli, perchè spandono molta luce sulla intelligenza degli art. 902 a 905 delle *leggi civili*.

Art. 4. « L'uso de' testamenti mistici continuerà ad aver luogo ne' paesi di diritto scritto ed altri do-
» ve la detta forma di testare è autorizzata dalle consuetudini o statuti.

Art. 9. « Quando il testatore vorrà fare un testamento mistico o segreto, sarà tenuto di firmare le sue
» disposizioni, sia che le abbia scritte egli stesso, o che le abbia fatte scrivere da un altro; e sarà la car-
» ta che conterrà le dette disposizioni, unitamente alla carta che servirà d'involto, se siavene, chiusa e
» siggillata colle precausioni in tali casi richieste o di uso; il testatore presenterà la detta carta così
» chiusa e sigillata a sette testimoni almeno, compresovi il notaio o tabellione, o farà chiudere e sigil-
» lare in loro presensa, ed egli dichiarerà che il contenuto nella detta carta è il suo testamento scritto
» e firmato da lui. Il detto notaro o tabellione ne distenderà l'atto di soprascrisione che sarà scritto sul-
» la detta carta o sul foglio che servirà d'involto; e sarà il detto atto firmato, tanto dal testatore che dal
» notaro o tabellione, unitamente agli altri testimoni, senza che sia necessario di apporvi il sigillo dei
» detti testimoni. Tutto il sopradetto sarà fatto successivamente e senza deviare ad altri atti, ed in caso
» che il testatore, per un impedimento sopravvenuto dopo la firma del testamento, non possa firmare
» l'atto di soprascrisione, sarà fatta mensione della dichiarazione che ne avrà fatta, senza che siavi bi-
» sogno in tal caso di accrescere il numero de' testimoni.

Art. 10. « Se il testatore non sappia firmare, o se non lo possa fare allorchè è fatta le sue disposizio-
» ni, sarà chiamato all'atto di soprascrisione un testimonio, oltre il numero stabilito dall'art. preceden-
» te, il quale firmerà il detto atto cogli altri testimoni; e sarà fatta mensione della causa per cui il det-
» to testimone sarà stato chiamato.

Art. 11. » Quelli che non sanno o non possono leggere, non possono fare disposizioni nella forma del
» testamento mistico.

Art. 12. « Il testatore il quale sapesse scrivere senza poter parlare, non potrà fare un testamento mi-
» stico, se non coll'obbligo che il detto testamento sarà interamente scritto, datato e firmato di sua ma-
» no, ch'egli lo presenterà al notaro o tabellione, ed agli altri testimoni, e che in testa dell'atto di so-
» prascrisione egli scriverà, in loro presenza, che la carta che presenta è il suo testamento; dopo di che,
» il detto notaro o tabellione scriverà l'atto di soprascrisione, nel quale sarà fatta mensione che il testa-
» tore à scritto queste parole in presenza del detto notaro o tabellione, e de' testimoni ».

do ha fatto scrivere le sue disposizioni, sarà richiesto per l'atto di soprascri-

---

quale trovavasi stabilita dall'ordinanza del 1735, ed ecco come il sig. Bigot—Préameneu rende motivo della conservazione del testamento mistico: « L'uso de' testamenti mistici o » segreti era sconosciuto ne' paesi di costumanza; questa era una istituzione da estendere » a favor di quelli che non sapevano scrivere, ovvero che per motivi bene spesso plausi- » bili nè volevano fare il loro testamento per scrittura privata, nè volevano confidare il » segreto delle loro disposizioni. Essa diveniva ancor più necessaria, allorchè per i testa- » menti per atto pubblico si esige in ogni caso la presenza di due testimoni, e che anche » debbonsene trovar quattro, se vi è un sol notaio.

» Ma nell'ammettere la forma de' testamenti mistici non si poteva trascurare veruna del- » le formalità usate ne' paesi di dritto scritto. Devonsi temere in questi atti le sostituzio- » ni di persone, o di ciò che non stava nella volontà del testatore. Conviene che le forma- » lità sieno tali, che i più fini raggiri dell'ingordigia umana si rendan vani, ed è soprat- » tutto il numero de' testimoni che può garantire, che tutti non saprebbero entrare in una » trama criminale. Si credette dunque dover adottare le formalità de' testamenti mistici o » segreti nel modo stesso in cui si trovano enunciati nell'ordinanza del 1735. » Locré, 5, p. 329, n. 59.

IV. Da questa escorsione storica del testamento mistico, ben si può rilevare lo spirito ch'è prevalso nella compilazione degli art. 902 a 905, e quale sia la natura di questo testamento. È un atto autentico, poichè quantunque il testamento è un atto segreto o può essere scritto da chiunque, mediante il deposito, che il testatore ne fa in mano del notaio che distende l'atto di soprascrizione nelle forme prescritte dall'art. 902, diviene un atto autentico. Quindi non è soggetto alla verifica del carattere o della sottoscrizione, nè può essere impugnato che con la iscrizione in falso. Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. 28; Toullier, t. 5, n. 501; Duranton, t. 9, n. 145. Decisione della Corte di Bruxelles de' 23 marzo 1811, Sirey, 12, 2, 94.

II.

Quali persone possono fare un testamento mistico.

Per fare un testamento mistico bisogna non solamente avere la capacità di testare (v. il t. 1, p. 373, nota 1,), ma bisogna anche adempiere a certe condizioni inerenti a questa specie di atto. Quindi sono incapaci a fare un testamento mistico:

1.° I *muti* che non sanno scrivere, perciocchè l'art. 905 prescrivendo per coloro che non possono parlare, la condizione di presentare al notaio la carta scritta datata e sottoscritta di proprio pugno, evidentemente i muti che non sanno scrivere trovansi inabilitati ad eseguire le prescrizioni dell'art. 905.

2.° I sordi muti che non sanno scrivere trovansi nella stessa incapacità: art. 905.

3.° Coloro che non sanno leggere sono incapaci: art. 904. È notevole che il divieto della legge riguarda coloro che non sanno leggere la scrittura a mano, quantunque sapessero leggere in istampa; imperciocchè non è possibile, nè anche raro di ritrovare, soprattutto nelle campagne, delle persone abituate a leggere i libri stampati, e che intanto non sanno leggere manoscritto. Avviene sovente che queste persone sanno sottoscrivere il loro nome e riconoscere la loro firma; senza esser capaci di leggere un corpo di scrittura. Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. 8; Grenier, n. 258 bis; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 213; Duranton, t. 9, n. 135.

4.° I ciechi non possono testare in forma mistica, poichè non possono leggere: art. 904. Ed il testamento non sarebbe meno nullo, se il testatore, il quale non sapeva o non poteva leggere, avesse sottoscritto il testamento, poichè abbiamo esempi di ciechi che scrivono molte parole, e che sottoscrivono machinalmente, soprattutto quando ànno precedentemente goduto del vantaggio della vista. Toullier, t. 5, n. 478.

Ma si può provare con testimoni, sia la cecità del testatore, sia tutt' altra causa che lo avrebbe impedito di leggere? Certamente che sì, altrimenti sarebbe paralizzare l'art. 904. Quantunque l'atto di soprascrizione fosse stato sottoscritto dal testatore, una esperienza giornaliera insegna, che quel tale individuo il quale non sa leggere il manoscritto, sa nondimeno formare in iscritto il suo nome e cognome. È della più grande importanza che i testatori i quali scelgono il genere delle disposizioni mistiche, potessero assicurarsi da essi medesimi, se i loro scritturali esprimono fedelmente la loro volontà, senza di che sarebbe l'aprire l'uscio a' più grandi abusi. Conviene quindi ammettere gli eredi del sangue a provare con testimoni che il testatore non sapeva leggere. Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. 6; Grenier, n. 258 bis; Duranton, t. 9, n. 136—Per altro è da osservarsi, che i tribunali potrebbero rigettare la dimanda di provarsi con testimoni di non sa-

zione un testimonio di più del numero prescritto nell'articolo antecedente, il

per leggere il testatore, quando dalle circostanze della causa risultassero motivi bastanti a convincerli che poteva in quel tempo il testatore ben leggere: arresto della cass. di Parigi del dì 11 aprile 1811 sulle conclusioni di Merlin, ibid. E la corte di Bordeaux decisa a' 2 aprile 1828 (Sirey, 28, 2, 163), che la pruova testimoniale è ammessibile per istabilire che l'autore del testamento mistico non sapeva leggere, quantunque nel testamento e nell'atto di soprascrizione avesse dichiarato di averlo letto e riletto.

Devesi inoltre esaminare, se la pruova di non sapere il testatore leggere, debba farsi dall' erede scritto, o dall' erede legittimo. In generale chi nega un fatto, non è tenuto a provarlo, l. 23, C. *de probat*. Ma bisogna fare una distinzione: se l'erede legittimo si limita a negare che il testatore sapeva leggere, a non evvi alcuna presunzione contraria alla negativa dell'erede, la pruova affermativa dev'esser fatta dall' erede scritto. Se poi è un fatto riconosciuto che il testatore sapeva leggere il manoscritto, la deduzione che non poteva più leggere al momento della testamentifazione, diviene, dalla parte dell'erede legittimo, l'allegazione di un fatto positivo, e la pruova dev' essere a suo carico. Merlin, Grenier, Delvincourt, ibid.

III.

Delle forme del testamento mistico.

Tratteremo le forme del testamento mistico stabilito dall' art. 902 nel seguente modo:
1.° Della scrittura e della firma dell' atto testamentorio;
2.° Della chiusura e della sigillazione del testamento;
3.° Della presentazione del testamento e della dichiarazione del testatore;
4.° Dell' atto di soprascrizione;
5.° De' testimoni;
6.° Se i testamenti nulli come mistici, sieno validi come olografi.

1.°

Della scrittura, se è richiesta la data, e della firma dell' atto testamentario.

I. *Della scrittura*—La carta che il testatore presenta al notaio in presenza de'testimoni per imprimergli il carattere di testamento mistico, non è necessario che sia scritta di proprio pugno del testatore: l'art. 902 espressamente stabilisce, che può essere scritta da mano aliena (e l' art. 905 forma eccezione a questa regola, quando il testatore sia muto), nè la legge obbliga il testatore a dichiarare la persona dalla quale è stato scritto il testamento. La carta dunque può essere scritta dal legatario, poichè la legge nol vieta. La legge vuole, che colui che sa leggere possa fare un testamento mistico; si presume di averlo il testatore dettato e letto, prima di presentarlo al notaio ed a' testimoni: e perciò questo testamento è reputato contenere la sua volontà, nel modo stesso che se lo avesse scritto di proprio pugno. La delicatezza può inspirare a colui che riceve una disposizione di astenersi di scrivere un testamento mistico; ma non si può dire che questa circostanza dia luogo alla nullità del testamento. Gli autori sono di accordo su questo punto. Grenier, n. 269; Toullier, t. 5, n. 466; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 208.

Debbesi similmente decidere, che il testamento può essere scritto dal notaio o da uno de' testimoni che intervengono nell' atto di soprascrizione, ancorchè fossero legatari. Imperciocchè il testamento forma un atto distinto da quello di soprascrizione, e si presume che il notaio ed i testimoni ignorino il contenuto del testamento. Grenier, n. 268 e 269 bis; Toullier, t. 5, n. 465 e 467; Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. 10, e v. *legataire*, § 2, n. 19. Vedremo nella pag. 42, n. II, parlando de'testimoni, se possano il notaio od i testimoni intervenire nell'atto, essendo stati contemplati nel testamento, quando ne conoscono il tenore.

Quantunque la legge permette di fare scrivere le disposizioni testamentarie da mano estranea, il testatore deve però dichiarare *che il contenuto in quella carta è il suo testamento da lui scritto e sottoscritto, o scritto da un altro e da lui sottoscritto*, dice l'art. 902. L' oggetto di questa dichiarazione è di provare che il testamento presentato al notaio è identicamente lo stesso di quello che avea voluto far rivestire di un atto di soprascrizione. Quindi si è elevata la quistione, se vi sarebbe nullità nel caso dichiarasse il testatore di avere di proprio pugno scritto il testamento, mentre si trovasse in tutto o in parte scritto di alieno carattere, o se dichiarasse averlo fatto scrivere da un altro, e vi si trovassero parole di proprio pugno. Merlin, (rep. v, *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. XII) stabilisce una distinzione ragionevole. Se il testatore avendo dichiarato ch'egli stesso à scritto il suo testamento, non si rinvenga, dopo sua morte, sotto i sigilli con cui lo à sigillo-

quale sottoscriverà l'atto cogli altri testimonj; e si esprimerà il motivo per cui sia stato richiesto questo testimonio.

V. l'art. 917.

---

to nel momento dell'atto di soprascrizione, che un testamento scritto di mano estranea, la giustizia sarà costretta di presumere ch'egli siasi ingannato, e che il testamento che à presentato al notaro ed a' testimoni, non sia quello che à avuto l'intenzione di presentar loro. Ed avverrà lo stesso nel caso inverso. Ma se accaderà, che avendo il testatore dichiarato di aver fatto scrivere il testamento da un altro, vi si rinvengano delle parole, de'versi di mano dello stesso testatore; o se il testatore avendo dichiarato ch'egli stesso à scritto il suo testamento, vi si rinvengano delle parole, de'versi di mano estranea, in questo caso non si può in tesi generale giudicare della nullità dell'atto. Le circostanze di fatto posson convincere i giudici a dichiarare come sostituito per equivoco dal testatore il testamento che fu rivestito dell'atto di soprascrizione, ad un altro che fu nella sua intenzione di presentare; bisognerebbe esser ben convinto, e ch'egli non abbia inteso enunciare come scritto da lui stesso, un testamento di cui à realmente scritto la parte principale o dominante, o che non abbia inteso enunciare come scritto da una mano di fiducia, un testamento nel quale non à vergato, di suo proprio pugno, che poche parole o pochi versi.

II. *Se è richiesta la data nel testamento mistico*—Non è necessario che il testamento mistico sia datato, poichè l'art. 905 non richiede la data che pel testamento mistico che intende fare il muto, e negli altri casi l'art. 902 non prescrive la data fra le forme necessarie per la validità del testamento mistico. Un testamento mistico adunque non può esser annullato per difetto di data, o prende quella dell'atto di soprascrizione. Grenier, n. 266; Toullier, t. 5, n. 475; Duranton, t. 9, n. 123; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 214. Cass. di Parigi, 14 marzo 1809, in Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, num. X.

III. *Della sottoscrizione del testamento*—Per dritto romano il testamento mistico scritto di proprio pugno del testatore non dovea da lui esser sottoscritto, l. 28 C. *de testamentis*; ma per l'art. 902, il testamento dev'essere sottoscritto dal testatore, tanto se è stato scritto da lui, che da mano aliena, e deve dichiararlo nell'atto della presentazione al notajo: art. 902. Se però il testatore non sa sottoscrivere, o non l'à potuto quando fece scrivere le sue disposizioni, deve chiamarsi nell'atto di soprascrizione un testimone dippiù, o far menzione della causa per cui è stato chiamato: art. 903.

Le irregolarità che presentasse la sottoscrizione debbono essere valutate secondo le regole date nella nota alla p. 15.

Non è necessario che il testamento sia firmato in ogni foglio: basta la sottoscrizione alla fine del testamento. Furgole, *des testam.*, cap. 2, sez. 3, n. 25.

2.°

Della chiusura e della sigillazione del testamento.

I. *La carta*, dice l'art. 902, *in cui saranno stese le disposizioni, o quella che servirà d'involto, quando vi sia, sarà chiusa e sigillata. Il testatore la presenterà così chiusa e sigillata al notaio ed a sei testimoni almeno, ovvero la farà chiudere e sigillare in loro presenza.* Tali formalità ànno per oggetto di garantire la identità del testamento, e la loro applicazione ànno dato luogo a molte controversie, ch'enuncieremo:

1.° Se l'obbligazione di *chiudere e sigillare* il testamento debba applicarsi al caso in cui l'atto di soprascrizione sia scritto sullo stesso foglio che contiene le disposizioni testamentarie. Furgole, *des testam.* cap. 2, sez. 3, n. 24 opinava per la negativa, fondandosi sulla l. 21, C. *de testamentis* (da noi riferita nella p. 33 in fine, e 34) o pel motivo che il cangiamento o la supposizione di scrittura non è possibile quando l'atto di soprascrizione è scritto sulla stessa carta che contiene le disposizioni testamentarie. Ma sotto l'impero del codice civile gli autori ànno rigettato questa dottrina, e si sono attenuti al testo dell'art. 902 che richiede cumulativamente l'obbligo della *chiusura e sigillazione* del testamento, nè fa eccezione pel caso in cui l'atto di soprascrizione sia scritto sulla stessa carta. Il voto della legge non è soltanto di fare che i testamenti rimangano segreti, o d'impedire che si sostituisca una carta all'altra; ma anche di prevenire le alterazioni o aggiunzioni che potessero eseguirsi sul testamento. Maleville su questo art.; Grenier, n. 262; Toullier, t. 5, n. 469; Merlin, v. *testament*, nelle addizioni, sez. 2, § 3, art. 3.

2.° L'ordinanza del 1735, nell'art. 9 (trascritto nella p. 34.) richiedeva che la carta contenente le disposizioni testamentarie dovea esser chiusa e sigillata con le solite precauzioni, e la l. 21 C. *de testamentis* prescriveva, che il testamento dovea esser sigillato col sigillo proprio del testatore. Non avendo il codice stabilito nell'art. 902 in qual modo deb-

904. Coloro che non sanno o non possono leggere, non potranno fare veruna disposizione in forma di testamento mistico.

---

b' essere chiuso e sigillato il testameato, non è oecessario che un filo o en nastro sia aggiento agli altri mezzi di ehiusura. Il testamento può esser ehiuso e sigillato con ostia o cou ceralacca, nè è necessario cha sia sigillato col sigillo proprio del testatore; Merlin, nelle addizioni alla v. *testament*, sez. e, § 3, art. 3; Favard, v. *testament*, § 4, n. 4.

Ma nella sigillazione del testameoto conviana che vi sia una impronta qualuaque, o basta ehe il testamento sia chiuso coa ona somplice ostia o ceralacca? Maleville sull'art. 976 (90e) sostiene di oon esservi nullità, quando il testameoto è ehiuso con ostia o ceralacca senza impronta alcuna: basta essere it foglio ehiuso in modo, da non potersi aprire senza lacerarlo, e senza ehe apparisca la rottura. La stessa dottrina fu professata da Grenier n. a65 della prima edisione, ma si è ritrattato nell' ultima edizione, n. a65 bis. La G. C. eivile di Napoli con decisione del e7 febbrajo 1826 (causa *Lombardi* e *Petriccioli*) seguì la dottrina di Maleville, e la decisione è poggiata su' seguenti argomeoti: 1.° La legge non potea dire ehe il testamento dovea esser *sigillato*, senza dir prima che dovea esser *chiuso*, altrimeoti poteva intendersi che parlasse di un sigillo vicino alla firma del notaio o de' testimoni. Non potea dire solamente *chiuso*, poichè s' intendea allora avvolto io una carta, ma non già che dovea avvolgersi io modo da non potersi aprire (p. e. un libro *chiuso*). Bisognava dunque dire chioso in modo che divenisse impenetrabile: *chiuso e sigillato*; 2.° Così nella lingua italiana come nel codice, *sigillare* si dice del ehiudere col sigillo, con impronta, come senza impronta. Negli art. 993, 995 e 996 p. c. parlasi di sigilli, ma tanto de' sigilli con impronta, quanto di quelli seuza impronta: dunque *sigillare* ia legge noo significa *sigillare con impronta*. 3.° Quando la legge à volato sigilli coll' impronta, lo à detto espressameate; art. 985 p. c. 4.° Il sigillo coll' impronta noo renderebbe più difficile l' aprire l' involto, poichè dopo essersi aperto si possono fare nuovi sigilli anche colle impronte, e se la legge avesse voluto l' impronta come un mezzo da readere difficile l' apertura dell' involto, avrebbe indieato il modo da conservare lo strumento con eui s' imprimava, come appunto à prescritto quando si tratta de' sigilli apposti dal giudice alla casa di alcun dofnoto.

La dottriua contraria sostenuta da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota e04, da Toollier, t. 5, n. 463, da Grenier, n. a65 bis della 3.ª ediz., da Favard, v. *testament*., sez. 1, § 4, o. 4, da Merlia, addizioni alla v. *testament* sez. 2, § 3, art. 3, n. XIV, e da Duraatoa, t. 9, n. 1e3, è coufermata dall'autorità della Cass. di Parigi con arresto de' 7 agosto 1810, Sirey, 10, 1, 353. Questa dottrina sembra preferibile per più ragioni: 1.° L'art. 90a uon si contenta di diro cho il testamento dev' essere *chiuso*, ma aggiunge che dev' essere pure *sigillato*. Doppia dunque è la formalità voluta dalla legge, la *chiusura* e la *sigillazione* del testameato. Or *sigillare* un atto è evidentemente apporvi un suggello; e suggello è un istrumento oel quale è eavata l' impronta, che s' effiggia nella materia colla quale si suggella; o come dice il § 5 della l. ae ff. *qui testamenta facere possunt*, il suggello, *signum*, è quello che *habet formam, insculptamque signis imagiaem*. a.° Lo scopo vero e reale per cui si richiede la sigillasione del testameuto, è quello d'impedire che si sostituisca ua testamento ad uà altro, e perciò l'art. 933 richiede nell'apertura del testamento mistico l'intervento de' testimoui, i quali debbooo esaminare, se i sigilli sieno stati alterati. Or se il sigillo è senza impronta, difficilmente i testimoai possono riconoscere se vi sia stata o pur no rottura ne' sigilli. Nè vale l'opporre, ehe anche i sigilli con impronta possono esser rotti ed indi ripetersi l'impronta: questa obiesione prova troppo, o quindi niente. Le leggi non provvedouo cha ai casi ordinari, prendono delle precauzioni per impedire le frodi e le alterazioni de' suggelli, ed è eertamente più difficile rompere un sigillo con impronta, ehe seoza impronta. 3.° La obiesione che quando la legge à voluto i sigilli coll'impronta, lo à detto espressamente, come nell' art. 985 p. c., non regge, ehe ansi prova il contrario. Imperciocchè il citato art. diee ehe nell'apposizione de' sigilli, i giudici di eircondario *dovranno servirsi di un sigillo particolare ehe resterà nelle loro mani*: *L' IMPRONTA di questo sarà depositata nella cancelleria del tribunale civile*. Dunque oou dice l'art. 985 p. c. che nel easo speciale ivi preveduto il sigillo deve avero *l' impronta*: aolo prescriva il deposito dell' *impronta*, il ehe suppone che l'*impronta* è inerente ad ogni sigillo. E poi uoa è più grave il easo del testamento mistico, che quello di eui si occupa l'art. 985 p. c.? E sarebbe contraddittorio il supporre, ehe il legislatore temendo un'alterazione ne' sigilli apposti nella casa del defunto, prescriva l' *impronta*, o poi non fosse fondato il timore dell' alterazione del suggello del testamento mistico, e così sostituire una earta ad un' altra. 4.° Neanche è vero ehe la legge quando à voloto l' impronta ne' suggelli, l' à detto espressamente. Negli art. 71 e 9e p. p., relativi a' reperti ed atti geoerici, oggetto della più alta importanza, il legislatore prescrive la suggellazione, nè espressamente fa parola d' impronta. Intanto nou si è giammai

905. Nel caso che il testatore non possa parlare, ma possa scrivere, potrà

---

dubitato nella ragion penale, che i suggelli adoperati dagli ufiziali di polizia giudiziaria debbono essere rivestiti dell'impronta — In questo senso à deciso la Corte di Bruxelles a'18 febbrajo 1818 in Merlin, ibid.

Consegue da questa discussione, che dovendo il testamento mistico esser chiuso e sigillato con impronta, il notajo, come avverte Grenier, n. 265 bis, deve descrivere ciò che à impresso nel suggello e nell'impronta; altrimenti potrebbesi impunemente sostituire una nuova impronta a quella apposta alla presenza del notaio e de' testimoni.

3.° Se un testamento mistico, il cui atto di soprascrizione fa parola di essere stato chiuso, non contenendo puranche la espressa menzione che il testamento era suggellato, è nullo? La Corte di Bordò con decisione de' 21 marzo 1822 decise la negativa, ed il ricorso fu rigettato con arresto del dì 23 giugno 1824 (in Dalloz, v. *disposit entre vifs et testam.*, c. 6, sez. 5. art. 3) pel motivo che il codice non impone, sotto pena di nullità, al notaio di far espressa menzione, nell'atto di soprascrizione del testamento mistico, di essersi presentato chiuso e sigillato; che il voto della legge è adempito quando la forma dell'atto di soprascrizione mostra, che all'epoca in cui fu presentato il testamento era chiuso e sigillato. La dottrina contraria è vigorosamente sostenuta da Merlin nelle addizioni alla v. *testament*, sez. 2, § 3. art. 3, n. XIV e riportata anche da Granier, n. 261 bis. Se l'essenza del testamento mistico è che sia chiuso e sigillato, debbesene far parola nell'atto di soprascriziona. Ogni atto sottoposto a talune formalità debbe contenere in sè stesso la prova del loro adempimento, e nello stesso testamento debbe trovarsi la prova che il testamento presentato al notaio era chiuso e sigillato (vedi la nota alla p. 7, n. 7), e la esistenza del sigillo all'epoca dell'apertura del testamento non dà alcuna guarentigia che non sia stato sigillato dopo essere stato fatto. D'altronde le parole dell'art. 902 « il notaio *formerà* l'atto di soprascrizione » indicano ad evidenza, che bisogna, sotto pena di nullità comminata dall'art. 927, che questo atto contenga la menzione di ciascuna delle formalità prescritte, e per conseguente della chiusura, non meno che del sigillo.

4.° Se l'atto di soprascrizione annuncia, che l'involto era chiuso e sigillato, e dopo l'apertura viene riconosciuto che lo stesso foglio, quantunque sigillato, non era chiuso esattamente, evvi nullità? Bisogna distinguere. Se il testamento era chiuso in modo ch'era possibile di sostituirglione un altro senza alterare il sigillo, in tal caso non avvi più chiusura regolare, non si à più il dovere di riconoscere, per le vere disposizioni del defunto, la carta che si trova sotto questo involto imperfetto. Se poi la chiusura anche imperfetta non permette di sostituirsi altra carta, impedisce l'inserzione di altro plico, non avvi nullità, perchè lo scopo della legge si è adempito. Merlin, nelle addizioni alla v. *testament*, ibid; Grenier, n. 265 bis; Decisione della Corte di Angers de' 19 febbrajo 1824, in Dalloz, v. *disposit entre vifs et testam.*, c. 6, sez. 5, art. 3.

3.°

Della presentazione del testamento, e della dichiarazione del testatore.

I. Lo scopo della legge nel prescrivere la formalità della presentazione del testamento mistico, è di assicurarsi che la carta nell'involto della quale è disteso l'atto di soprascriziona, contenga veramente le disposizioni che il testatore à scritto o fatto scrivere. È perciò che l'articolo 902 esiga due cose ben distinte in un testamento mistico; la prima è che, il testatore *presenti il testamento al notaio ed a' testimoni*; la seconda, che *dichiari che il contenuto nella carta è il suo testamento da lui scritto e sottoscritto, e scritto da un altro e da lui sottoscritto*. La carta dove passare dalla mano del testatore in quella del notaio, alla presenza de' testimoni, e la dichiarazione che questa carta contiene il testamento dove partire dal testatore, altrimenti il testamento è nullo. Grenier, n. 364; Toullier, t. 5, n. 471; Merlin, addizioni alla v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. XIV.

Ma l'atto di soprascrizione deve contenere la menzione di avere il testatore presentato il testamento al notaro ed a' testimoni, non che dichiarato di contenere le sue disposizioni testamentarie? L'art. 902 non dice in termini espressi che dall'adempimento di queste formalità debbe farsi espressa menziona, e potrebbe quindi dedursi dalla regola generale contenuta nella l. 30, ff. *de verb. obligat.*, che negli atti pubblici, le formalità di cui la menzione non è espressamente prescritta, sieno riputate essere state adempite, sino a che il contrario non sia provato. Ma l'art. 902 regolando successivamente i doveri del testatore e del notaio, implicitamente contiene la disposizione di doversi far menzione della formalità della presentazione del testamento al notajo. Imperciocchè, dopo di aver imposto al testatore il dovere di presentare la carta, e di dichiarare di essere il suo testamento, quan-

fare un testamento mistico: a condizione però che sia interamente scritto, da-

do viene al notaio soggiunge: *il notaio formerà l'atto di soprascrizione*, *che verrà steso sulla carta medesima* ec. Or volere che il notaio scriva l'atto di soprascrizione in dorso o sull'involto del testamento mistico, è necessariamente volere ch'egli certifichi la presentazione di una carta a'testimoni, e la dichiarazione del testatore che questa carta contiene il suo testamento. E se il notaio non attesta queste due cose simultaneamente, non vi sarà atto di soprascrizione; e se si è costretto a convenire di essere indispensabile l'attestare la dichiarazione che fa il testatore, fa di mestieri che si convenga pure della necessità di attestare la presentazione, poichè l'art. 902 non è più imperativo a riguardo dell'una, come a riguardo dell'altra. Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. VIII; Toullier, t. 5, n. 471; Grenier, n. 264.

È a notarsi, che le parole, *è presentato al notaro ed a'testimoni*, possono essere supplite da equivalenti. Se il testamento dicesse *consegnato* al notaro *in presenza de'testimoni*, non sarebbe meno valido. Arresto della Cass. di Parigi del 6 aprile 1806, in Merlin, rep. v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. VII; Toullier, t. 5, n. 471; Grenier, n. 264.

II. Si è dubitato, se possa essere supplita la menzione che il testamento è stato presentato dal testatore al notaio ed a' testimoni, da'fatti attestati nell'atto di soprascrizione, da'quali rimane a sufficienza provato di essere il testamento presentato dal testatore? L'atto di soprascrizione di un testamento mistico diceva, che il testatore avea dichiarato che il contenuto *nel presente foglio servente d'involto è il suo testamento chiuso*. Esso non enunciava la persona da cui era stato presentato il foglio; ma diceva che il testatore l'avea chiuso *in tre luoghi col suggello delle sue armi, in cera rossa fiammeggiante*. Merlin con conclusione profferita addì 6 ventoso anno XIII, all'udienza della sezione de' ricorsi (nel rep. v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. VIII) sostenne la nullità del testamento: 1.° perchè era il notaio che diceva il *presente foglio*, senza esprimere in quali mani stava il foglio al momento in cui il testatore dichiarò che racchiudeva il suo testamento, e per conseguente non era provato l'adempimento della formalità essenziale della *presentazione*, essendo possibile che fosse stato consegnato da altra persona; 2.° perchè dal fatto di avere il testatore sigillato una carta in presenza del notaro e de'testimoni non segue necessariamente che la formalità della presentazione sia stata adempita, essendo stata possibile una sostituzione. D' altronde, continua Merlin, la legge esige due cose ben distinte in un testamento mistico: la prima, che il testatore presenti il suo testamento al notaro ed a'testimoni; la seconda, che lo chiuda e lo sigilli, o lo faccia chiudere e sigillare avanti a' medesimi. La legge non intende dunque che il testatore sia reputato aver presentato il suo testamento al notaro ed a'testimoni, per ciò solo che in presenza del notaro o de' testimoni, l'abbia sigillato o fatto sigillare. Bisogna dunque che l'atto di soprascrizione accerti simultaneamente queste due operazioni; l'atto di soprascrizione è imperfetto, se, invece di accertarle entrambe, non ne accerti che una sola. Le conclusioni di Merlin furon seguite dalla sezione dei ricorsi, ma portata la causa alla sezione civile, con arresto del dì 8 aprile 1806, il testamento fu ritenuto valido pel motivo « che risulta dall'atto di soprascrizione che il testatore à sigillato il suo testamento in presenza del notaio e de'testimoni; che immediatamente dopo, il testamento è venuto tra le mani del notaro, il quale vi à apposto la soprascrizione; che quindi questo atto è passato direttamente dal testatore al notaro; e per conseguente ch'è stato presentato dallo stesso testatore ». Molti arresti posteriori (in Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testament*; c. 6, sez. 5, art. 4.) ànno ritenuto il principio che la dichiarazione della *presentazione* del testamento, può essere implicitamente contenuta nell'atto di soprascrizione, ma questi arresti contengono forse delle contraddizioni rilevate da Merlin, nelle addizioni alla voce *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. XIII. Quello ch'è certo si è, di non essere sacramentale la formalità della *presentazione del testamento*, o quando *identice et adequate* risulti dal contesto dell'atto di soprascrizione che il testamento è stato dal testatore presentato al notaio ed a' testimoni, il voto della legge è adempito. È questa anche la dottrina di Toullier, t. 5, n. 472, di Grenier, n. 264. Vedi la nota alla pag. 17, n. II.

4.°

Dell' atto di soprascrizione.

I. *Che cosa è l'atto di soprascrizione* — L'atto di soprascrizione non è che il processo verbale delle seguenti operazioni: 1.° Che il testatore à presentato egli stesso il testamento chiuso e sigillato al notaio ed a' testimoni, o che lo à fatto chiudere e sigillare in loro presenza; 2.° Che nel presentarlo à dichiarato il testatore, che il contenuto in quella carta è il suo testamento scritto e sottoscritto da lui, o scritto da un altro e da lui sottoscritto, o pure scritto da un altro e da esso testatore non sottoscritto, per non sapere sottoscrivere, o per non averlo potuto quando fece scrivere le sue disposizioni.

tato e sottoscritto di sua propria mano; che egli lo presenti al notajo ed ai testimonj; che in fronte dell'atto di soprascrizione scriva in loro presenza, che

---

Quest'atto di soprascrizione deve essere scritto sulla carta che contiene le disposizioni o sul foglio che serve d'involto, ed è sottoscritto dal notaio, dal testatore e da'testimoni: tanto risulta dall'art. 900. Oltre queste formalità, è soggetto a quelle della legge *sul notariato*; e siccome poteva di ciò dubitarsi, perciocchè l'art. 899 le prescrive solo per i testamenti per atto pubblico, questo dubbio, come anche l'altro, se debba distendersi l'atto di soprascrizione di proprio pugno del notaio, si sono risoluti con real rescritto de'26 febbrajo 1808 così concepito: « Ho rassegnato a S. M. il dubbio surto, se gli atti di soprascrizione de'te-» stamenti in forma mistica debbono essere scritti per intero dal notaio stipulatore (*), co-» me sta prescritto pei testamenti per atto pubblico, ovvero possano scriversi da altri, ap-» ponendovisi dal notaio solamente la data e la firma, com'è prescritto per gli altri atti no-» tarili. La M. S. nel consiglio ordinario di Stato del 4 andante, uniformemente all'avvi-» so della Consulta Generale del Regno, si è degnata dichiarare, che per gli atti di so-» prascrizione de' testamenti mistici debbano osservarsi le medesime regole che sono in vi-» gore per la formazione degli altri atti notarili. »

Vedemmo nella p. 36, n. III. 1.°, se il notaio che ha scritto il testamento possa ricevere l'atto di soprascrizione.

II. L'atto di soprascrizione dev'essere scritto o sulla carta che contiene il testamento, o sul foglio che serve d'involto, e questa formalità prescritta dall'art. 900 à per oggetto di viemaggiormente assicurare l'identità del testamento, e d'impedire che sia sostituita una carta ad un'altra. Sarebbe in conseguenza nullo un testamento mistico, il cui atto di soprascrizione si trovasse scritto in una carta diversa da quella in cui si contiene il testamento, o da quella che costituisce l'involto. Merlin, rep., addizioni alla v. *testament*, sez. 2. § 3, art. 3, n. XIV. Decisione della Corte di Torino del 5 piovoso, anno XIII, ibid., ed in Dalloz, v. *disposit. entre vifs*, c. 6, sez. 5, § 5.

Non è necessario però far menzione nell'atto di soprascrizione, che è scritto sulla carta che contiene il testamento, o sull'involto. L'art. 900 non esige questa menzione; Merlin, ibid. Consegue da ciò, che se il notaio enunciasse di avere scritto l'atto di soprascrizione sulla carta contenente il testamento, mentre che si troverebbe scritto sull'involto, non sarebbe questa circostanza causa di nullità, perciocchè, come decise la corte di Bruxelles a'9 agosto 1808, la falsa enunciazione del notaio, la quale non era necessaria perchè fosse valido il testamento, non può viziare il testamento stesso, circa il quale si è adempito a tutte le formalità. Merlin riferisce ed approva questa decisione.

III. *Lettura dell' atto di soprascrizione*—Indubitatamente deve farsi la lettura dell'atto di soprascrizione, ma l'art. 902 non richiede sotto pena di nullità, la menzione della lettura *al testatore in presenza de' testimoni*. Quindi, ne' testamenti in forma mistica, basta come per gli altri atti autentici, che l'atto di soprascrizione faccia menzione di essersi letto al testatore ed a'testimoni: art. 20 e 26 della legge *sul notariato*: num. 3 del decreto de'12 settembre 1808. Decisione della Corte Suprema di Napoli del 25 novembre 1825 (causa *Serramuzza* e *Sgella*); de' 4 agosto 1840 (causa *Sorrentino*).

IV. *Sottoscrizione* — L'atto di soprascrizione dev' essere sottoscritto dal testatore, dal notaio e da' testimoni: se il testatore non può sottoscrivere, sarà fatta menzione della dichiarazione ch' egli farà; art. 902. La dichiarazione deve partire dal testatore, e su di ciò è applicabile quanto abbiamo esposto nella nota, alla p. 25, su' testamenti per atto pubblico.

Non debbe farsi menzione delle sottoscrizioni, poichè l'art. 14 della legge *sul notariato* non richiede questa menzione.

V. *Unità di contesto*—L'atto di soprascrizione deve farsi nel medesimo contesto e senza deviare ad altri atti: art. 902. Abbiamo nella pagina 22 esposto ciò che s'intende per unità di contesto. L'atto di soprascrizione è reputato fatto in un solo e medesimo contesto, se tutte le solennità richieste sieno osservate in un solo e medesimo intervallo, e senza altri atti intermedi. Quindi il testamento non può valere come mistico, se tre testimoni oggi e tre domani appongano la loro sottoscrizione nell'atto di soprascrizione, l. 28, C. *de testam.* Del pari, se nell'atto della compilazione dell'atto di soprascrizione, s'interrompa per fare un contratto con uno de'testimoni presenti, e dopo di essersi questo effettuato si continui la formazione dell'atto di soprascrizione, non sarà valido il testamento, poichè l'atto di soprascrizione non à l'unità del contesto voluta dalla legge; l. 20, ff. *de V. S.*

(*) In Francia opinano di doversi l'atto di soprascrizione scrivere dal notajo, Grenier, n. 271 a 272, Toullier, t. 5, n. 481, Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 209, Maleville sull'art. 976, Favard, v. *testament*, sez. 1, § 4, n. 7. La dottrina contraria è sostenuta da Duranton, t. 9, n. 127.

la carta che egli presenta, è il suo testamento. Il notajo stenderà in seguito l'atto di soprascrizione, nel quale esprimerà che il testatore ha scritto le in-

Bisogna nondimeno restringere questa regola agli atti puramente civili. Un impedimento fisico momentaneo o di breve durata non è considerato come una interruzione della formazione dell'atto di soprascrizione; l. 28 C. *de testam.*

Non è necessario però, sotto pena di nullità, che l'atto di soprascrizione contenga la espressa menzione di essere fatto di un solo contesto e senza deviare ad altri atti. L'art. 902 non esige questa menzione, come lo esige quando per un impedimento sopraggiunto dopo essersi scritto il testamento, il testatore non può sottoscrivere. Bisogna dunque, applicare la regola degli atti pubblici in generale,(da noi ricordata nella p. 39 in fino) che quando la legge non richiede l'espressa menzione dell'adempimento delle formalità, si presume che sieno state adempite: Dolvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 212; Favard, rep. v. *testament*, sez. 5, § 4, n. 3; Merlin, addizioni alla v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3. Arresto della Cass. di Parigi del di 8 febbrajo 1820 in Dalloz, v.*disposit. entre vifs et testament.*, C. 6, sez. 5, § 6.

5.°

De' testimoni.

I. *Numero de' testimoni* — L'atto di soprascrizione debb'essere firmato da sei testimoni almeno, e se il testatore non sappia scrivere, o non l'abbia potuto quando à fatto scrivere le sue disposizioni, ne vien chiamato un settimo, il quale sottoscriverà l'atto di soprascrizione, e si esprimerà il motivo del suo intervento: art. 902 e 903.

L'intervento de' testimoni nel numero di sei, o di sette pel caso dell'art. 903, è talmente di rigore, che l'atto sarebbe nullo mancando un testimone, ancorchè si facesse figurare come testimone un secondo notaio: Grenier, n. 267. Ma ne' testamenti mistici fatti in campagna, è applicabile l'art. 900 che permette ne' testamenti per atto pubblico di adoperare la metà de' testimoni che non sappiano sottoscrivere? Questa quistione è stata esaminata nella nota alla p. 27.

II. *Capacità de' testimoni*—Questa teorica è stata da noi diffusamente trattata nella nota 1, p. 27 e seg. Ci rimane soltanto a dire, se la disposizione dell'art. 901 che non permette di scegliere per testimoni del testamento *per atto pubblico*, i legatari, nè i loro parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente, sia applicabile a' testamenti mistici. Si conviene per la negativa, perciocchè il testamento forma un atto distinto da quello di soprascrizione, e per conseguente presumendosi di essere ignorato dal notaio e da' testimoni, non è vietato al notaio di ricevere l'atto di soprascrizione di un testamento, nel quale è legatario lui stesso o i suoi parenti o affini nel grado proibito, e per la stessa ragione possono fare da testimoni anche i legatari. D'altronde si rileva dalle discussioni del Consiglio di Stato di Francia (Locré 5, p. 261, n. 19), che l'art. 901 che esclude come testimoni i parenti de' legatari, non s'intese applicare a' testamenti mistici. Questa teorica risulta altresì dall'art. 8 della legge *sul notariato*, il quale vietando, sotto pena di nullità dell'atto, al notaio di ricevere disposizione a favor suo o de' congiunti, soggiunge, *salvo che la disposizione si trovi in un atto di ultima volontà non iscritto dal notaio ed a lui consegnato chiuso;* Grenier, n. 268 e 269; Toullier, t. 5, n. 465; Dolvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 207 Merlin, rep. v. *legataire*, § 2, n. 19; Favard, rep. v. *testament*, sez. 5, § 4, n. 5; Duranton, t. 9, n. 140 e 142.

Ma è una grave quistione, se l'atto di soprascrizione sia valido, quando il testamento sia conosciuto dal notaio legatario, o da' testimoni legatarii, come se sia stato scritto dal notaio o da uno de' testimoni legatari. La validità dell'atto è sostenuto da Toullier, t. 5, n. 467, da Merlin, rep. addizioni alla v. *testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. XX, da Duranton, t. 9, n. 142, e così fu giudicato dalla Corte di Nimes a' 21 feb. 1821, riportata da Merlin e da Sirey, 21, 2, 274. I motivi di questa opinione sono: 1.° Il testatore può avvalersi di chiunque per distendere le sue disposizioni, e la legge non dichiara incapace il notaio legatario che à scritto il testamento come privato, nè il legatario che à scritto le disposizione, di stendere, il primo come ufiziale pubblico l'atto di soprascrizione, ed il secondo d'intervenirvi come testimone; 2.° Che l'atto di soprascrizione non è riputato contenere, in quanto al notaro ed a' testimoni, de' legati, essendo il testamento un atto essenzialmente distinto dalla soprascrizione; 3.° Che la distinzione che si vuol fare tra il caso in cui il notaio ed i testimoni legatarii, conoscono i legati, e quello in cui l'ignorino, è puramente arbitraria—La dottrina contraria sostenuta da Grenier, n. 269, 269 bis, dall'autore delle annotazioni critiche al trattato di Toullier impresso a Gand, da Favard, repert., v. *testament*, ses. 1, § 4, n. 5, da Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam*, c. 6, ses. 5, § 6, sembra preferibile per le seguenti ragioni; 1.° Il motivo per cui l'art. 901 interdice a' legatari

dicale parole alla sua presenza e de'testimouj; e si osserverà nel resto tutto ciò che è prescritto nell'art. 902.

---

d'interveniro como testimoni ne'testamenti *per atto pubblico*, è una conseguonsa della regola *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*, o non vi è ragione per non applicaro i medesimi principî a'testamenti mistici, quando il notoio o il testimone conosco di esser legatario, aveodo scritto il testameoto, o avendone intesa la lettura prima di chiudersi e sigillarsi. Ed è tanto vero che la sola ignoranza delle disposisioui testamentorie può permettere a' legatari n i loro parenti ad intervenire come testimoni nell'atto di soprascrizione, cho nella prima compilaziono del codice, l'art. 901 formava il secondo comma dell'art. 906, così cho potovasi conchiudero, che essendo posto in fine della sezione, sarebbe applicabile taoto a'testamenti per atto pubblico, che a' mistici. Questo inconvoniente fu provoduto nel Consiglin di Stato di Fraocia, e Treilhard domondò la trasposizione del citato secondo comma (oggi l'art. 975 del codice franoese, corrispondonto all'art. 901 dollo ll. cc.) pel motivo « che i parenti dol legatario *nan potendo conoscere il contenuto del te- » stamenta*, non vi cra la stessa ragione di escluderli como nel caso de' testamenti pubbli- » ci » Riferisce Locré (t. 5, p. 261, n. 19) cbo la proposisiooe di Treilhard fu odottata. Se dunquo possono fare da testimoni nel testameoto mistico i legatari, pel motivo, come dicova Treilhard, che non conoscono il contenuto del testomento, chi non vede che quando it legatar'o conosco il cooteuuto del testamouto, dev'ossere incapaco a fare testimonianza? 2.° È vero che il testamento a l'atto di soprascrisioua sono duo atti distinti, ma è pur vero cha l'atto di soprascriziono sublima lo carta in osso contenuta, a disposiziono testamentaria, ed una carta non iscritta e delle volto anche non sottoscritta dol testatore, à l'effetto di invertire l'ordine legale della successiono legittima. Bisogna dunque, cho l'atto di soprascrizione sia ricevuto da ufisiato pubblico a da testimoni cho, so si trovano ioteressati, ignoraoo te disposisioni: allora può dirsi che l'atto è rivestito dello formolità legali, merita quolta fede che v'imprimo il pubblico ufizialo non ioteressato a trodire il sua ministoro. 3.° Ritenuto ebe l'atto di soprascrizione è distinto dal testamento, non può mettersi in dubbio che dev'essero rivestito di tutte le formalità prescritto dalla *legge sul notariata*. L'art. 8 di questa leggo prescrivendo ehe il notaio non può ricovero un atto nel quato è interessato egli o i suoi congiunti del grado proibito, soggiunge, *salvo che la disposiziane si trovi in un atta di ultima volontà* NON ISCRITTO *dal notaio ed a lui consegnata chiuso*. Dunque ta legge prevede il caso del testamento mistico *non iscritto* dal notaio e consegnatogti *chiusa*, ed in quosto caso può stendere l'otto di soprascrizione: la consoguenza di questa disposizione è, che quando il testamonto *è scritto* dal notaio, o non gli è consegnato chiuso, l'atto di soprascrizione è nullo. La stessa ragiono vi è pel testimona legatario che conosce lo disposisioni testameotario: *ubi eadem ratia, idem jus*.

III. Ci rimane a fare qualche osservaziono, se gli ajutanti ed i domestici de'notai possono fare da testimoni. Iaubert nel rapporto al tribunato si espresse in qoesti termioi: « Il » progetto dice ehe gli ajutanti de'notai da'quali i testamenti pubblici sono ricevuti, non » possono prendersi per testimoni. Il prngetto non ripete questa esclusiono pe' testamonti » mistici. La legge sulla orgonizzasione del notariato esclude assolutamente gli ajutanti dei » notai. Ma questa legge generala non può essero invocata in materia di testamenti, pei » quali una leggo speciate regola tutto ciò ch'è relativo a' testimoni. Conviene d'altrondo » rimarcare, che la proibisione noo cessa che per l'atto di soprascrizione, dovo la pre- » senza di sei testimooi è nocessaria » Locré 5, p. 356, n. 57 — Queste parole sfuggito all'oratore non sono giustificata, e tutti gli scrittori insegnano la dottrina della incapacità degli ajotanti e domestici de'notai: l'otto di soprascriziono è soggetto a tutte le regolo prescritte per gli atti notarili, come si è detto nella p. 41. Greoier, n. 276; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 207; Malevillo, sull'art. 975 (901); Fovard, v. *testament*, sez. 5, § 4, n. 6; Duranton, t. 9, n. 141.

6.°

Se il testamento mistico che non può valere come tale, per manco di atta valido di soprascrizione, possa mai valere come olografo, allorchè sia interamente scritta, datata e sattoscritto dal testatore.

Controvertita questa quistione sotto l'impero dell'aotica legislazione, si è riprodotta dopo il codice civile, o bisogna rimontare all'origine della materia per conoscere la storia e le viceode della controversia.

La l. 3, ff. *de testamenta militis* stabiliva in principio, non solamente per i testamenti militari, ma eziandio per ogni specie di testamenti, cha non debbesi mai presumera che

906. I testimonj richiesti per far testimonianza nel testamento debbono es-

---

nello scogliera una maniera di testare, il testatore abbia volato ligarvisi talmonto, che nel caso in cui non ae adempisse esottamente tutte le forme, le sue ultime volontà rimarrebbero senza effetto: *nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia, eed mogis utroque genere voluisec propter casus fortuitoe.*

Malgrado un principio cosi nettamento stabilito, gl'antichi interpetri dubitarono, se un testamento nullo nella forma adoperata, potea esser valido se conteaea la formalità di un genere di testamento diverso dalla forma adoperata. Il senato di Chambery, comn riferisco il Presidente Fabro, nel suo codice, lib. 6, tit. 5, def. 4, giudicò chn un testamento nullo como testamento nuacupativo, aoa poteva valere come testamento scritto, quantunqua ne contenessn tutta le formalità; donde lo stesso Presidnuto stabili la regala, quantunque trovasi qaasi costretto di confessare esser contraria alla l. 3, ff. *de teetamento militis. testamentum factum per nuncupationem, herede non nuncupàta, nua potest volere jure testamenti, in ecriptie licet habeat eolemnitatee requisitas; nec si adsit clausola,* OMNI MELIORE MADO.

Cujacio nella consultazione 55 e Ricard *de teetam.* p. 5, n. 1609 professarono la stessa dottrina, e quest'ultimo ritieno per massima generale, d'esser necessario che il testamento sia perfetto nella forma in cui il testatorn à camiuciato a disporrn, e chn, quantunque questo atto abbia solennità sufficienti per valere in un'altra forma permessa dalla legge, non lascerà di rimanere senza elfetta, se non è occampagnato da quelle che vengono richieste per lo odempimentu dello specie di testamento uella qualn à voluto disporre. Ma molti giureconsulti abbracciarono la dattrina contraria, o prendendo per guida della loro dottrina la l. 3, ff. *de teetamento militie* ritennero doversi presumere, che il tnstatore scegliendo una forma di disporra à inteso disporre in moda che la sua volontà dovesse avern piona esecuzione, n quindi, se la forma adoperata è annullabile, la volontà del defunto non debbe meno nseguirsi, quando si trova rivestita di un altra forma riconoseiuta dallo legge. Vasquez *de success. creat.* § 11, n. 12; Perezio sul Cod. tit. *de testamentie*, lib. 6, tit. 23, n. 19; Vont *ad pandectas*, tit. *de teetam.*, n. 10.

Poco prima della pubblicazione del Codice eivile, Merlin esaminò innanzi ollo Corte di Cassaziono di Parigi la quistionn in disamina, o conchiusn che il testameato nullo coma mistico, debba volero como olografo: le conclusioni di questo dotto giuraeonsulto furoa accolte dalla Corto con arresto del dì 28 termidoro anno 11: v. lu quistioni di dritta, v. *testament*, § 6 — Pubblicato il codice civile, lo quistione si riprodusa immediatamente dai giureconsulti. Grenier, n. 276 seguendo la dottrina di Ricard opinò che il testameato nullo come mistico non può valere come olagrofo. Toullier, t. 5, n. 480, n Delviacourt, lib. 3, tit. 4, noto 214, professarono la dottrina contraria; e Merlin in uno lunga nota al § 6 della 3.ª ediz. delln quistioni di dritto, v. *teetament*, imprnse ad esaminare la dottrina di Gronier e di Toullier, ed odottò quella del primo. Merlia eredette eha la quistione ero decisa dall'art. 905, che à per oggetto di regolare la maniera eui debbe appigliarsi il muto per testare in forma mistiea: in questo art. è prescritto, ehe se il testameato mistico del muto, non è interamnnto da lui scritto, datato e sottoscritto, è nullo per l'art. 927, e non valerà per conseguente eomo olografo: cosi negli altri cosi. Ma Merlin, nelle addizioni del rep., alla v. *testament* sez. 2, § 4, art. 4, abbandonò la sua opinione, e ritornò alla prima, e Grenier nella 3ª, edizione, a, 276 bis si è anche ritrattato: Duraaton, t. 9, n. 138 à abbraceiata la dottrino di Toullier o di Delvincourt, cosi che si può dire ehe oggi si conviene da'giureconsalti, che il testamento nullo come mistico, vale eome olografo. Il solo Favard, rep., v. *testament*, sez. 1, § 4, n. 16 incliaa per la nullità; ma propone, n. 17, un'eccezione pel caso in eui il testatore non avesse manifestato la intenzione di sottoporre la validità delle sue disposizioni oll'adempimento delle formalità richieste pe' testamonti mistici—Le decisioni de' Tribunali di Francia sono discordanti. Decisero per la validità del testamento, la Corto di Caen a' 26 gennajo 1826; Siroy, 26, 2, 328; la Cassazione di Parigi a' 6 giugno 1815; Sirey, 15, 1, 386, e 23 novembre 1828; Sirey, 29, 1, 6. In senso contrario decisa la Corte reale di Poitiers a' 28 maggio 1825; Sirey, 25, 2, 259; e la Corte di Parigi a' 24 maggio 1825; Sirey, 25, 2, 259 — La Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto de' 3 aprile 1823, (causa *Carafa* e *Volente*) decise, che il testamento nullo come mistico non può dichiararsi valido eome olografo, per lo regola, *actor ogentuum nunquam operatur ultra eorum intentionem.*

Dalle cose fin qui riferite rilevasi, che lo dubitazioun de' giureconsulti trascinò le Corti a differenti sistemi; ma uno studio più profondo della seieuza à fatto finalmente convenire i dottori, ehn la nullità dell'atto di soprascrizione non può inficiare la validità della carta contenutavi, quando riunisca i caratteri del testamento olografo. Ed invaro l'opinionn contraria era fondata su'seguenti tre motivi:

1.° La dottrina di Ricard, di sopra riferita, era fondata sulla l. ult. C. *de codicillis*, e

ser maschi maggiori di età, sudditi del Re, e che godano de' diritti civili.

V. gli art. 9, 20, 23, 26 28, 411, 901 ll. cc., 16 e 17, ll. pp.

---

sul § ult. Inst. *de fideicommissariis hereditatibus*, le quali stabiliscono che un testamento imperfetto non può, senza il soccorso della clausola codicillare, essere convertito in codicillo, abbenchè contenga tutte le formalità prescritte pel codicillo propriamente detto. Ma, a prescindere che le nuove leggi non ripetono queste disposizioni, le citate leggi non dicono che un testamento nullo in una forma, non possa essere convertito in testamento di altra forma; ed esiste una gran distanza da un caso all'altro. Nel caso preveduto da queste leggi, il testatore non à voluto fare un codicillo, ovvero, in altri termini, non à voluto istituire un erede fedecommessario; sarebbe dunque aggiungere alla sua volontà il far valere come codicillo, il testamento che à cominciato, e che non à rivestito di tutta la sua perfezione. Ma nella quistione di cui si tratta, il testatore à voluto fare un testamento; è dunque conformarsi alla sua volontà il far valere come testamento, l'atto che à fatto e che ne à realmente il carattere. Poco importa che il testamento sia mistico od olografo semplice, quando può valere in una delle forme testamentarie che sono in vigore nel regno. Ed aggiunge Delvincourt, invocando la l. 3, ff. *de testamento militis*, che l'opinione di Ricard poggia sopra un puro sofisma; perciocchè il testatore rivestendo il testamento olografo della forma mistica à per oggetto d'impedire la dispersione, la iscrizione in falso e tutt' i pericoli cui può essere esposta una scrittura private, e non già di far dipendere l'esecuzione dell'ultima volontà da tale o tal altra forma di testamento.

2.° Si dice in secondo luogo, per sostenere l'opinione contraria, che il testatore che vuole rivestire il testamento olografo delle forme mistica, considera l'olografo come un progetto, e vuole subordinare l'intenzione di questo progetto all'adempimento di tutte le formalità richieste per la perfezione di un testamento mistico; e s' invoca l'autorità di Gotofredo sulla leg. 14, C. *de testamentis*, dove dice: *Tollerabilius est inutilem reddi testatoris voluntatem, quum aliquid admitti, quod adversus ejus voluntatem fuciat. Praesumitur testator justas solemnitates omittens, justae, id est, solemnis voluntatis poenituisse, et perlusorium actum facere voluisse*. Ma di questa presunzione stabilita ragionevolmente da Gotofredo, si fa nella quistione un'applicazione evidentemente falsa. Imperciocchè il chiarissimo giureconsulto comentando la l. 14 C. *de testamentis* (che stabilisce in principio, che la istituzione di erede e le diredazioni contenute in un atto provano che il testatore è inteso fare un testamento e non già un codicillo) fa giustamente osservare, che la istituzione di erede dovendo per dritto romano contenersi in un testamento e non già in un codicillo, non può dirsi che il testatore istituendo o diredando un erede abbia inteso fare un codicillo, e quindi mancando al testamento le formalità richieste, non può valere come codicillo: la congettura dell' ultima volontà, deve cadere alla presunzione, *quae ex ipsa rei substantia nascitur*; cioè che bisogna presumere, che il testatore omettendo le solennità richieste, siesi pentito e di aver voluto fare un atto elusorio. Or la presunzione stabilita da Gotofredo riguarda evidentemente l'omissione delle formalità che derivano dal fatto proprio del testatore, o come può applicarsi alla controversia in disamina? La nullità dell'atto di soprascrizione dipende forse dal fatto del testatore? L'atto di soprascrizione è un atto notariale, è formato dal notaio, e le nullità dell'atto non dipendono certamente dalla volontà del testatore; tanto è ciò vero che l' art. 11. della legge *sul notariato* dichiara responsabile il notaio dell' omissione delle formalità, e l'art. 29 stessa legge soggiunge, che l'atto autentico nullo, vale come scrittura privata, quando è sottoscritta dalle parti, e perchè? Perchè non si presume la volontà de' contraenti subordinata alla validità della forma dell' atto adoperato. *Utile per inutile non vitiatur*, e la nullità quindi dell'atto di soprascrizione, non può render nullo il testamento che per sè trovasi rivestito del carattere di testamento olografo.

3.° Si oppone in ultimo l'art. 905, che pel testamento mistico del muto che sappia leggere, vuole che la carta testamentaria da rivestirsi della forma mistica, sia interamente scritta, datata e sottoscritta, ed indi prescrive le formalità da osservarsi nell' atto di soprascrizione, le quali non osservate, si rende nullo l'atto. Ma, a prescindere che, la disposizione dell'art. 905, è particolare al muto e non può essere estesa al di là della sua specie, è da osservarsi, che la nullità pronunziata dall' art. 927 per l' inosservanza delle formalità prescritte dall'art. 905 pel testamento del muto, riguarda l'atto di soprascrizione, ma non può riguardare il testamento olografo, la cui formalità sono prescritte dall' art. 895. Così che noi crediamo, che l'art. 905 non appoggia in minima parte l'opinione contraria, e se il testamento del muto si annulla per vizi dell'atto di soprascrizione, non cessa pure di esser valido come olografo.

Pare dunque che il testamento nullo come mistico, debba valere come olografo, trovandosi interamente scritto, datato e sottoscritto dal testatore.

SEZIONE II.

Delle regole particolari sulla forma di taluni testamenti (1).

907. I testamenti de'militari e delle persone impiegate presso l'armata potranno in qualunque paese essere ricevuti dal Maggiore, o da qualunque altro ufiziale di grado superiore in presenza di due testimonj, o da due commessarj ordinatori, o da un solo di essi in presenza di due testimonj.

908. Potranno ancora, se il testatore sia ammalato o ferito, essere ricevuti dall'ufiziale in capo di sanità, assistito dal comandante militare incaricato della polizia dell'ospedale.

909. Le disposizioni de'sopraddetti articoli non avranno luogo se non a favore di coloro che saranno in ispedizione militare, o acquartierati o in guarnigione fuori del territorio del regno, o prigionieri presso il nemico: non potranno però approfittarne coloro che sono acquartierati, o in guarnigione nell'interno del regno; eccettuato il caso che si trovino in una piazza assediata, o in una cittadella, o altro luogo le cui porte sieno chiuse, ed interrotte le comunicazioni a cagion della guerra.

910. Il testamento fatto secondo la forma sopra stabilita sarà nullo sei mesi dopo che il testatore sarà ritornato in un luogo ove possa far testamento colle forme ordinarie.

911. I testamenti fatti in luogo le cui comunicazioni si trovino totalmente interrotte a cagion della peste o di altra malattia contagiosa, potranno essere ricevuti dal giudice di circondario, o da uno degli ufiziali municipali del comune, in presenza di due testimonj.

912. Questa disposizione avrà luogo così a favore di quelli che fossero attaccati da tali malattie, quanto di coloro che si trovassero ne'luoghi infetti, ancorchè non sieno attualmente malati.

913. I testamenti mentovati ne'due precedenti articoli diverranno nulli sei mesi dopo che le comunicazioni saranno state riaperte nel luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei mesi dopo che questi si sia trasferito in un luogo in cui non sieno interrotte.

914. I testamenti fatti sul mare nel corso di un viaggio potranno essere ricevuti, cioè:

a bordo de'vascelli e di altri bastimenti del Re, dall'ufizial comandan-

---

(1) Le forme stabilite dalla legge pel testamento olografo, per atto pubblico e mistico sono state sviluppate nella precedente sezione.

In questa sez. il legislatore determina delle regole particolari sulla forma de'testamenti militari, de'testamenti in uo luogo col quale ogni comunicazioue è ioterrotta a causa di peste o di altra malattia contagiosa, e de' testamenti fatti sul mare nel corso del viaggio. « È possibile, disse Bigot-Preameneu nell'esposizione de'motivi, che il servizio militare, » delle malattie contagiose o de' viaggi marittimi mettino nella impossibilità i testatori » di eseguire su ciò la legge; frattanto ò in queste circostanze ove la vita è sovente esposta, che diviene più pressante e più utile il manifestare la sua ultima volontà. La legge » sarebbe adunque incompleta, se privasse una parte numerosa di cittadini, e quelli soprattutto che sono lontani dalle loro famiglie per causa di servizio patrio, del dritto così naturale e così prezioso, come è quello di disporre per testamento ». Locré, t. 5, p. 330, n. 60.

Le regole stabilite in questa sezione sulle forme speciali de'testamenti privilegiati sono chiaremente compilate. Diremo solo, che i due penultimi articoli della sezione riguardano il testamento del nazionale fatto nell'estero; e l'ultimo articolo, sul quale ci fermeremo, é quello che pronunzia la pena di nullità alla inosservanza delle forme stabilite pei testamenti ordinati e privilegiati.

te del bastimento, o, in di lui mancanza, da qnello che ne fa le veci nell'ordine di servizio, l'uno o l'altro unitamente all'nfiziale di amministrazione, o a colui che ne adempie le funzioni:

ed a bordo de'bastimenti di commercio, dallo scrivano della nave, o da chi ne fa le veci, l'uno o l'altro unitamente al capitano proprietario o padrone, o, in mancanza di costoro, a chi ne faccia le veci.

In tutti i casi questi testamenti debbon riceversi alla presenza di due testimonj.

915. Su'bastimenti del Re, il testamento del capitano o dell'ufiziale di amministrazione, e su'bastimenti di commercio, il testamento del capitano, del proprietario o padrone, o quello dello scrivano, potranno riceversi da quelli che loro succedono in ordine di servizio, uniformandosi nel resto alle disposizioni del precedente articolo.

916. In tutti i casi si faranno due originali de'testamenti indicati ne'due precedenti articoli.

917. Se il bastimento approda ad un porto straniero in cui si trova un console nazionale, coloro che avranno ricevuto il testamento, saranno tenuti a depositare l'uno degli originali chiuso e suggellato nelle mani del console che lo farà pervenire al Segretario di Stato Ministro da cui dipende; e questi lo farà depositare nella cancelleria del giudice di circondario del luogo ove il testatore ha il domicilio.

918. Al ritorno del bastimento nel regno, sia nel porto dell'armamento, sia in qualunqne altro, i due originali del testamento chiusi e suggellati, o l'uno di essi nel caso che l'altro sia stato depositato nel corso del viaggio, siccome nel precedente articolo, saranno consegnati all'uficio della deputazione di salute. Questa li trasmetterà senza ritardo al Segretario di Stato Ministro da cui dipende, il quale ne ordinerà il deposito, siccome è prescritto nel medesimo articolo.

919. Si noterà sul ruolo del bastimento, al margine del nome del testatore, la consegna eseguita degli originali del testamento o nelle mani di un console, o all'ufizio della deputazione di salute.

920. Il testamento non sarà considerato come fatto sul mare, ancorchè sia stato fatto nel corso del viaggio, se nel tempo in cui fu fatto, il naviglio fosse approdato ad una terra, sia straniera, sia del regno, in cui vi fosse un pubblico ufiziale nazionale. In tal caso non sarà valido, se non quando sarà stato steso secondo le forme prescritte nel regno, o con quelle praticate nel paese in cui sarà stato fatto.

921. Le sopraddette disposizioni sono comuni a'testamenti de'semplici passeggieri che non formano parte dell'equipaggio.

922. Il testamento fatto sul mare nella forma prescritta dall'articolo 914, non sarà valido, se non quando il testatore muoia sul mare, o ne'tre mesi dopo che sia disceso a terra, ed in un luogo in cui avrebbe potuto rifarlo nelle forme ordinarie.

923. Il testamento fatto sul mare non potrà contenere veruna disposizione a favore degli ufiziali del vascello, quando non sieno parenti del testatore.

924. I testamenti compresi negli antecedenti articoli di questa sezione saranno sottoscritti dal testatore e da coloro che gli avranno ricevuti.

Se il testatore dichiari che non sappia o non possa sottoscrivere, si farà menzione di questa sua dichiarazione; come pure della causa che lo impedisce di sottoscrivere.

Nel caso in cui si richiegga la presenza di due testimonj, il testamento sa-

rà sottoscritto almeno da uno di loro, e si farà menzione della causa per cui l' altro non avrà sottoscritto.

925. Un nazionale che si trovi in paese straniero, potrà disporre con testamento olografo, siccome è prescritto nell' articolo 895, o con atto autentico nelle forme praticate nel paese in cui questo atto sarà ricevuto (1).

926. I testamenti fatti in paese straniero non potranno aver esecuzione per riguardo a' beni situati nel regno, se non dopo essere stati registrati nell' ufizio del domicilio del testatore, quando questi ne abbia conservato alcuno, ovvero nell' ufizio dell' ultimo suo domicilio noto nel regno: e quando il testamento contenesse disposizioni relative a beni immobili ivi situati, dovrà pure registrarsi nell'ufizio del luogo in cui si trovano questi immobili, senza che si possa esigere un doppio diritto (2).

927. Le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti in forza delle disposizioni della presente e della precedente sezione, debbono osservarsi sotto pena di nullità, tranne le seguenti eccezioni (3).

---

(1) Dicemmo nella pag. 7 in princ., che la forma de' testamenti si regola dalla legge del luogo in cui vien fatta. Ecco perchè articolo in esame stabilisce, che il testamento del nazionale dimoraote nell'estero dev' essero fatto con atto auteotico *nelle forme praticate nel paese in cui quest'atto sarà ricevuto*.

Ma la regola *locus regit actum* non riguarda che gli atti autentici. Il testament' olografo è nn atto privato, ed è questa la ragione per cui l' art. permette altresì al nazionale dimoraote nell'estero di testara in forma olografa, quantunque dalle leggi del luogo non fosse riconosciuta questo modo di testare: Duranton, t. 9, n. 14.

Delviocourt, lib. 3, tit. 4, nota 189 sostiene, che la legge che accorda a' nazionali il dritto di disporre fuori regoo con atto privato è nna legge di copacità personale; donde potrebbe conchiuᵈe si cho l'estero non potrebbe nel rogno disporre coo testamento in forma olografa non riconosciota dalle laggi del soo paeso. Ma questa dottrioa è stata confutata da Duranton, t. 9, n. 15 e 175, perciocchè la forma degli atti si riferisce meno alla capacità personale, che alla disposizione de' beni.

(2) La formalità di questo art. à per oggetto di far conoscere agli eredi legittimi l' esistenza del tostameoto. È a notarsi, che non è stabilito alcun termioe perentorio per l'udempimento di questa formalità.

(3) I. Le nullità che in un tcalamento possono derivare da vizio di forme noe sono *assolute;* sooo *relative* noll'interesse degli eredi legittimi, e possooo quiodi eostoro rionciare all' azioοe di nullità, e coaseutiro all' esecuzione del testemento, come se fosse valido; Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 5, n. 1; Grenier, uum. 325. Decis. della Cass. di Parigi, 13 marzo 1816, in Sirey, 16, 1, 425.

La rinuncia all'azione di nullità può aver luogo in due modi: può essere *espressa* o *tacita*: su di che conviene fare delle riflessiooi.

Primo. *Rinuncia espressa*—Sullo rinuncia espressa si sono elevale dne quistioni:

1.° So la rinuncia espressa dev' essere falta nella forma prescritta dall'art. 1292, ossia se l' erede *ab intestato* deve nell'atto cho riconosce il testamento, inserirvi il motivo sul quale poteva esser fondata l' azioοe di nullità, non che l' intenzione di ripararo il vizio di questo testamento. Alle disposizioni testamentarie è applicabile l' art. 1292 *ex identitate rationis*. In effetto, la parte che conferma o ratifica uo contratto a titolo oneroso di cui potrebbe domandare la nullità, non perde tutto mercè la conferma o ratifica che ne faccia: esseodo commutativo, conserva necessariamente i vantaggi che ne à ricavati. Per lo contrario, l'erede *ab intestato* il quale cenferma o ratifica il testamonto che potrebbe far dichiarare uullo, gratuitamente rinuncia ad un dritto che gli è acquistato, si spoglia, senza aver precedentemente ricevuto alcuna indennità; e siccome la rinuocia gratuita ad un dritto acquistato non si presume giammai, dev' essere assai più difficile il presnmere che l' eredo *ab intestato* abbia conformato o ratificato nn testamento macchiato di nullità, che non lo è il presumero che nna parte contraente a titolo oneroso abbia ratificato la convenzione di cui avrebbe potuto far pronunziare l' annullamanto. Se donque l' approvaziona o ratifica di una parte contraente a titolo oneroso, non sana la nullità di una convenzione, se non quando racchiode nel tempo istesso e la monzione espressa del vizio donde risultava qoesta aullità e l' intenzione manifosta di riparare tal vizio, con maggior ragione debba esserne lo stosso dolla conferma o ratifica che fa l' erede *ab intestato* di un testamento nullo. Merlin, *questions de droit*, v. *testament*, § 18; Grenier, n. 325.

1.° se siasi omesso di far menzione espressa di essere stato scritto il testamento di carattere del notajo cui fu dettato, tal mancanza non nuocerà

V. l'art. 897.

2.° La seconda quistione è, se sia necessario che l'approvaziono data dal erede, per essere irrevocabile, dev'essere accettata dal legatario. Il dritto romano faceva una distinziono tra l'Instituziono di erede ed i legati. L'approvaziono fatta dall'erede *ab intestato* del testamento nullo per vizio di forma, anche in contraddiziono dell'erede instituito, non rendeva inammessibile a domandare la nullità del testamento; l. 5, ff. *de his quae ut indignis auferuntur*, l. 4, C. *de juris et facti ignorantia*. Se poi la nullità riguardavo i legati, i fedecommessi od ogni altra disposizione testamentaria a titolo particolare, l'erede era inammessibile a censurarli, sia che, conoscendo il titolo materiale nel qualo essi erano scritti, egli li avesse pagati o ne avesse fatto il rilascio, sia che, conoscendo lo stesso titolo, li avesse semplicemente approvati (*) — Ora che non esistono più le ragioni di questa differenza tra le instituzioni di erede ed i legati, poichè la stessa instituzione di erede non è che un semplice legato, il quale, per esser universale, non cangia perciò natura, dobbiam conchiudere rispetto all'istituziono di erede, coma si ragionava nel dritto romano rispetto a'semplici legati, e dire, che il legato nullo diviene valido per l'approvazione dell'erede in contraddizione del legatario. Accursio sulla l. 16, § 1, C. *de testamentis*, o Donello su detta legge hanno dottamente dimostrato, che l'approvazione dell'erede in contraddiziono del legatario forma una convenzione tacita di eseguire le disposizioni del defunto, quantunque irregolari: Così che, dice Donello, se l'erede dichiara fuori la presenza de'legatari, ch'egli riconosce ed approva la volontà del defunto, questa dichiarazione non sarà per costui di alcun effetto; perciocchè non potendo egli essere obbligato senza convenzione, un semplice riconoscimento non può esser considerato come una convenziono, la quale non può risultare che dal consenso dato alla medesima cosa da due o più persone. È una conseguenza di questo principio, che la ratifica non profitta, dice Accursio ibid., che al legatario cui il legato nullo è stato rilasciato; di tal che, se ve ne fossero altri cui l'erede non avesse ugualmente accordato rilascio, non possono prevalersi contro di lui, per esigere i loro legati, dell'approvazione non contradditoria con essi, ch'egli aveva data al testamento. Indarno obietterebbesi, che oggi l'art. 1292 non esige che la parte interessata alla conferma del testamento nullo, intervenga nell'atto confermativo o l'accetti. Indubitatamente, osserva Merlin (quest. v. *testament*, § 18), l'art. 1292 non esige l'intervento della parte interessata, ed avvene una ragione ben semplice: dessa è che non trattasi, in questo articolo, che degli atti confermativi *delle obbligazioni* precedentemente contratte tra due parti; che di già la parte a favor della quale è conseguito l'atto confermativo ha espresso, nell'atto confermato, il suo consenso acciò ricevesse la sua piena esecuzione; che l'altra parte non fa, coll'atto confermativo, se non aggiunger di nuovo il suo consenso al medesimo fine; che da ciò risulta un concorso di due consensi, i quali, per esser dati ad epoche differenti, non lasciano di essere sufficienti per formare ciò che denominasi *vinculum obligationis*; che in una parola, l'atto confermativo è riputato formato in contraddiziono della parte che non vi comparisce, per ciò solo che si congiunge ad un consenso anteriore di questa parte. Ma in una disposizione a causa di morte avviene l'opposto, poichè nulla si è precedentemente consentito tra l'erede *ab intestato* od

---

(*) La ragione di questa differenza tra l'approvazione di un legato e l'approvazione di un'istituzione di erede, è chiaramente spiegata da Furgole, trattato de'testamenti, c. 6, sez. 3, n. 144. « Se ne » rinvengono le ragioni nelle leggi 2 e 23, C. *de fideicommissis*. Allorchè l'erede testamentario o *ab* » *intestato* riconosce ed approva la volontà del defunto al proposito de'legati o fedecommessi non rive» stiti delle formalità di dritto, egli non fa che soddisfare ad un dovere che conosce essergli stato im» posto, ed eseguire con fedeltà, la volontà del defunto, relativamente alla quale il defunto se ne è con» fidato alla sua probità, e non si considera se i legati o i fedecommessi siano o pur no rivestiti delle » formalità, *cum non ex sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi, voluntati defuncti* » *satisfactum esse videtur*; il che non può avere alcuna applicazione al caso della ricezione del legato, » non ostante la quale le leggi vogliono che i successori *ab intestato* possano far valere la nullità del » testamento, e domandare l'eredità del defunto; imperciocchè altro è approvare un testamento nullo » mercè la ricognizione del legato che vi è contenuto, altro è approvare un legato o fedecommesso in » *individuo*: e quantunque questo legato o fedecommesso sia nullo *inutiliter relictum sit, legibus non* » *sit subnixum*, esso acquista la sua perfezione ed addiviene obbligatario mediante l'approvazione del» l'erede, *perocchè i legati ed i fedecommessi dipendono assolutamente dalla volontà, e perchè la* » *formalità non è necessaria che per la pruova*; di tal che se questa volontà è riconosciuta dall'erede, » le formalità non si rende più necessaria, visto che la volontà è provata dalla confessione e dalla rico» noscenza dell'erede; in vece che, quando trattasi di un'eredità, la sola volontà, quantunque sia suf» ficientemente accertata, non basta: fa di mestieri che sia rivestita delle formalità che la legge richie» de, affinchè si renda efficace. Per la pruova di queste differenze, puossi vedere la l. ult. C. *de fidei*» *commissis*; la legge 36, § 1, ff. *testamento militis*; la l. 2, § 1, la l. 11, § 19, la l. 21 ff. *de lega*» *tis 3°*; i § 7 e 8 Inst. *quibus modis testamenta infirmentur*, ed altri testi somiglievoli ».

alla sua validità, quando consti legittimamente che sia stato in realtà scritto dal notajo medesimo:

---

il legatario; non esisteva dunque ancora, al momento dell'atto confermativo, alcun principio di obbligazione tra loro; l'atto confermativo è il primo anello della catena che può ligare l'uno all'altro; ma esso non può solo formare questo ligame; bisogna, perciò, che l'accettazione del legatario venga a congiungervisi; e dacchè non vi si congiunge, questo atto non può esser considerato che come una semplice promessa non eseguita; ora, siccome dice la l. 1, ff. *de pollicitationibus*, la semplice promessa a nulla obbliga, perocchè non può formarsi obbligazione che col concorso di due volontà.

II. *Esecuzione tacita*—Si potrebbe dire che l'approvazione tacita, ossia l'esecuzione volontaria, non renderebbe l'erede *ab intestato* inammessibile ad opporre la nullità del testamento; che gli art. 1188 e 1330 dichiarano, senza distinguere tra l'errore *di dritto* e l'errore *di fatto*, che ogni pagamento suppone un debito, ciò ch'è stato pagato senza esser dovuto, va soggetto a ripetizione, che chi per errore o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto, si obbliga di restituirlo a colui da cui l'à indebitamente ricevuto; da' quali testi di legge si potrebbe conchiudere, che il codice civile avesse abrogato le leggi romane che toglievano all'erede il dritto di ripetere i legati nulli nella forma, e che avea soddisfatti. Ma abbiam'osservato nel num. precedente, che l'art. 1292 essendo applicabile a' testamenti in quanto alla conferma o ratifica, lo è anche per l'esecuzione volontaria. E se l'art. 1188 accorda l'azione di ripetere ciò che si è pagato per errore di dritto o di fatto, soggiunge « la ripetizione non si ammette riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente adempiute ». Egli è vero che gli antichi interpetri dubitarono, se esista per l'erede *ab intestato*, obbligazione naturale di eseguire una disposizione a causa di morte ch'è nulla nella forma. Opinarono per la negativa Baldo sulla l. 10, C. *de juris et facti ignorantia*, Covarruvias, sul cap. 10 alle decretali, *de testamentis*, n. 9, Vasquio *de successionibus*, lib. 1, § 1, n. 22. Altri interpetri, tra quali Giulio Claro lib. 3, § *testamentum*, quist. 90, insegnarono l'affermativa. Ma il sig. Toullier, che meglio di ogni altro à dimostrato che l'errore di dritto annulla le convenzioni, pure nel t. 6, n. 69 si è appigliato al partito di attribuire all'esecuzione volontaria data dall'erede *ab intestato* a' legati, l'effetto di sanare la nullità, ed interdirgli ogni ripetizione. « Mio padro, egli dice, aveva legato a voi la metà de' suoi beni con un testamento ricevuto da un sol notaio alla presenza di due testimoni, invece di quattro. Persuaso per ignoranza di dritto che il testamento fosse valido, io divido la eredità e ve ne rilascio la metà. Istruito del mio errore, io non posso impugnare questa divisione, allegando che mi sono ingannato nel rilascio che vi ò fatto, e che soltanto n'è stata causa l'errore in cui io era sulla validità del testamento. Questa allegazione non può essere ammessa, perchè non si può affatto provarla, atteso che ò potuto avere la volontà di eseguire il testamento di mio padre, quantunque nullo, per rispetto della sua memoria. In questa specie eravi un'obbligazione naturale abbenchè imperfetta. Il rilascio del legato o la divisione de' beni può dunque aver avuto due cause o due motivi; cioè l'errore in cui io era sulla validità del testamento, e l'intenzione di adempiare un dovere di pietà, eseguendo le ultime volontà del defunto. Nel dubbio si presume, che io mi sia determinato per l'ultimo motivo: *in dubbio, error nocet erranti* ».— Questa dottrina è seguita da Grenier, n. 325; Merlin, *quest. v. testament*, § 18; Duranton, *des obligat.*, n. 627; Cass. di Parigi, 5 febbrajo 1829, Sirey, 29, 1, 198.

Si avverta, che non sarebbe da considerarsi come un atto di esecuzione tacita, la semplice confessione che l'erede *ab intestato* facesse in un atto di essere *erede* la persona chiamata nel testamento. Imperciocchè in una successione legittima o testamentaria, l'atto col quale il mio avversario mi riconosce per erede effettivo, non m'investe di questa qualità. Ed è perciò che il Presidente Fabro, nel Cod., lib. 6, tit. 12, definizione 7, stabilì la celebre regola: NEMO EX SOLA ADVERSARII CONFESSIONE SIT HERES, *tametsi ex testamento, aut ab intestato delata ei sit hereditas. Heredem enim non delatio facit, sed acquisitio hereditatis, quae nonnisi per aditionem fit in extraneis heredibus.* Quindi, se io erede *ab intestato* di Tizio sono citato da Cajo portatore di un testamento, a rilasciargli l'eredità, e nel costituire il mio patrocinatore, chiamo Cajo *erede di Tizio*, non debbe dedursi da queste espressioni, che io *judicium defuncti agnovi;* perciocchè, come osserva Gotofredo sulla l. 24, ff. *de adquirenda hereditate*, *actus agentium interpretamur ex eorum proposito non ex opposito.* Per il che osserva bene il Fabro nel luogo citato, *si conventus ego a te tamquam herede Titii, procuratorem in jure constituero, et in ipso actu constitutionis Titii heredem te nominaverim, nocere mihi nominatio non debebit, quae minus utique quam confessio est.*

III. Ciò che abbiamo detto della ricognizione del testamento, o esecuzione volontaria, ri-

2.° se siasi omessa qualche solennità richiesta dal regolamento notaria-

sguarda la nullità del testamento. In quanto al falso, è massima che non si sana, nè si covre giammai, art. 1927, o se la transazione su documenti falsi non può essere eseguita che dietro omologazione, art. 344 p. c., maggiormente l'approvazione tacita non può impedire la procedura del falso. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 190.

IV. Il giudicato che pronunzia la nullità del testamento non à effetto che tra le parti, in contraddizione delle quali è stato profferito, art. 1305; e per conseguente, se gli eredi *ab intestato* ànno contestato il giudizio di nullità contro l'erede instituito, il giudicato non nuoce a' legatari che non sono stati chiamati in giudizio, perchè i legatari non sono gli aventi causa dell'erede, ma ripetono il loro dritto direttamente dal testatore. È vero che per dritto romano il giudicato che dichiarava nulla la istituzione di erede poteva esser apposto a' legatari, ma ciò derivava dal principio consacrato in quella legislazione, che la instituzione di erede era il fondamento del testamento, e niuno poteva morire parte testato o parte intestato, l. 7, ff. *de reg. jur.*; così che quando il giudicato non avea avuto luogo coll'erede, ma con un legatario, non poteva opporsi ad un altro legatario non inteso. Ma secondo i principî della nuova legislazione si può morire parte testato e parte intestato, art. 815, la istituzione di erede non è che un legato universale, art. 928, e quindi il giudicato contro l'erede non può essere opposto a' legatari, perchè manca la identità delle persone o della cosa. Toullier, t. 10, n. 212.

Debbe similmente ritenersi, che un testamento giudicato falso dalla Corte criminale, non viene, per ciò solo, giudicato falso verso gli eredi ed i legatari che non sono stati parte nel giudizio penale. Non è questo il luogo di entrare nella polemica agitata in Francia tra Merlin e Toullier, e presso di noi riprodotta dal sig. Nicolini, se il giudicato penale trae seco il civile. Ammessa anche la teorica di Merlin seguita da Nicolini, che il giudicato penale trae seco il civile, questi giureconsulti non fanno del loro principio che l'applicazione nel giudizio civile tra il reo e la parte danneggiata, quantunque questa non siesi nel giudizio penale costituita parte civile, così che il giudicato di assoluzione o di condanna rende l'uomo innocente o reo in faccia alla intera società. Ma il giudicato penale nulla statuisce per i terzi sugl'interessi civili. Così, per non allontanarci dal nostro subbietto, dichiarato falso un testamento a querela dell'erede *ab intestato*, e giudicato tale in contraddizione dell'erede scritto, il giudicato di falsità non può essere opposto a' legatari, e per qual motivo? Ascoltiamo Merlin, rep. v. *testament*, sez. 5: « La massima *res inter alios judicata aliis nocere non potest*, à certamente luogo in materia criminale, di pari che in materia civile. Perchè mai, tra le stesse parti, la sentenza renduta sopra una causa criminale, forma un titolo irrefragabile nella causa civile che poscia s'instituisca? Perchè, siccome lo dichiara la l. 7, § 4, ff. *de exceptione rei judicatae*, fassi luogo all'eccezione della cosa giudicata, tutte le volte che la stessa quistione agitasi di nuovo tra le medesime persone, quantunque d'altronde essa lo sia in un'istanza di un altro genere. *Generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eademque quaestio revocatur, vel alio genere judicii*; ed in vero, dice la l. 5 dello stesso titolo, il cangiamento di azione non impedisce che non siavi identità di oggetto. Ma da ciò segue necessariamente che, quando le parti non sono più le stesse, la sentenza criminale non può formare, nella causa civile, una eccezione di cosa giudicata. Il cangiamento di forma di procedere non può dare ad una sentenza criminale, un'autorità ch'essa medesima non tiene. Concentrata per sè stessa tra le parti colle quali è stata profferita, non può acquistare, mercè la produzione che indi se ne faccia in un tribunale civile, la virtù di legare le parti che non ànno figurato nel tribunale instituito per la vendetta pubblica. E non si sarebbe forse spaventato dalla conseguenza che produrrebbe il sistema contrario? Pietro accusa Paolo di avergli rubato, con violenza, un oggetto ch'ei pretende appartenergli, ma sul quale non à realmente alcun dritto, e di cui io son solo proprietario. Paolo, ch'è d'intelligenza con lui, si lascia condannare in contumacia alla pena del furto ed alla restituzione dell'oggetto preteso rubato. Vengo allora in chiaro che quest'oggetto sta tra le mani di Pietro, per effetto della sentenza che à condannato Paolo a restituirlo. E non potrei revindicarlo contro Pietro? E Pietro, profittando della sua colpevole collusione con Paolo, sfiderà forse, sotto l'egida della sentenza criminale che à ottenuto contro quest'ultimo, tutt'i miei titoli di proprietà? Un sistema così assurdo non à bisogno di una serie confutazione. Ma, si esclama, cosa diverrà dunque il principio che le sentenze criminali non sono suscettibili dell'opposizione di terzo? Questo principio non sarà forse assolutamente illusorio, se un terzo può rimuovere una sentenza criminale per la sola ragione che non sia stato parte nella medesima? A questa obiezione si risponde, che senza dubbio, non puossi impugnare una sentenza criminale con l'opposizione di terzo; ma perchè non le si può? Precisamente per la ragione, come dicono le decisioni che la Corte à renduto su tal materia, che *i delitti sono personali; che ne è lo stesso delle condanne che producono; che*

V. l'art. 893.

le, alla cui mancanza secondo lo stesso regolamento non è annessa pena di nullità (1).

---

in materia criminale, una sentenza non esista se non in faccia a coloro co' quali è stata profferita—Vano è l'obiettare (*), che la persona lesa da un delitto, la quale non si è costituita parte civile nella causa criminale intentata contro l'accusato, sia vincolata, anche rispetto a' suoi interessi pecuniari, da una sentenza la quale, in sua assenza à dichiarato l'accusato non colpevole. Ma dal perchè il ministero pubblico è riputato agire per la parte lesa a causa del delitto di cui persegue la punizione, ne segue forse d'essere egualmente riputato agire contro tutti coloro che ànno avuto interesse acciò questo delitto fosse commesso, contro tutti coloro che ànno preso parte a questo delitto, contro tutti coloro cui le conseguenze di questo delitto procurano qualche vantaggio? No, certamente no. Il ministero pubblico non è o non può esser reputato perseguitore se non coloro che realmente persegue; ed ecco perchè le sentenze di condanne non possono essere opposte se non a coloro contra a' quali sono state rendute; ecco perchè le sentenze di assoluzione non possono profittare se non a coloro che ànno dichiarati non colpevoli ».

Fin qui Merlin. Il sig. Nicolini (*proc. pen.* parte 1, t. 3, n. 966) fa sul proposito delle sensate riflessioni, parlando de' giudicati sulle quistioni pregiudiziali, e che si possono opporre a coloro che non furono intesi. « Quando però, egli dice, a chi non fu inteso, *integra defensio remanet* o l'obbligazione è tutta personale, allora l'attore è obbligato dalla legge a combattere uno per uno tutti gl'interessati. Allora è che sebbene *eadem quaestio in omnibus his judiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus* SINGULIS SUO NOMINE *agitur, aliam atque aliam rem facit*, l. 20, ff. *de except. rei judic.* Tali sono le cose penali. Il ministero pubblico dee agire *cum omnibus singulis*, e contro ciascuno *suo nomine.* Il cangiamento dunque della persona del reo *aliam atque aliam rem facit.* Ben può stare dunque che il reo principale sia assoluto in un giudizio, mentre il complice fu condannato in un altro. La *cosa* è la stessa, la stessa è la *causa prossima dell'azione*; ma non la stessa è la *persona* » —E poco dopo, al n. 1016 ripiglia così: « Un titolo autentico fa fede sino alla *inscrizione in falso*, art. 1073. Ma il giudizio criminale di falso è *personale.* Non basta dunque che il reo sia *non colpevole*: conviene che la carta sia dichiarata *non falsa*. Nel che grande è il vantaggio della forma delle nostre decisioni, sulle brevi dichiarazioni del *giurì*. Il ragionamento che precede alle nostre dichiarazioni di reità, esclude ogni dubbio, se l'assoluzione nasca dalla verità, o dalla non provata falsità della carta, o dalle circostanze del reo. Dichiarata la carta *non falsa*, il giudicato fa stato nel giudizio civile contro chiunque volesse dir più falso il titolo *contro l'assoluto*...—Diciamo *contro l'assoluto*, perchè le decisioni pregiudiziali non fanno stato che a favore o contro coloro che debbono esservi principalmente e necessariamente chiamati. Dunque non fanno stato contro i complici, i quali possono essere sempre portati ad un giudizio penale. Ma la parte civile non è principalmente, nè necessariamente chiamata nel giudizio penale. Ogni accusato dunque che vi è assoluto può farsi scudo della sua assoluzione con chiunque altro si fosse costituito o potesse aver dritto di costituirsi parte civile contro di lui; ugualmente che, se egli condannato, ciascuno che può essere civilmente offeso da quella carta, può farla rigettare contro di lui nel giudizio civile. Ma gli altri correi o complici per esser condannati civilmente, debbono sempre, ad onta dell'assoluzione del loro correo e complice, esser menati ad un altro giudizio penale ».

Da questa discussione può conchiudersi: 1.° Che il testamento giudicato falso dalla corte criminale è contro il reo un giudicato che può opporsi nel giudizio civile da chiunque può averci interesse; 2.° Che la dichiarazione di falsità pronunziata dal giudice criminale, non reca il minimo pregiudizio a' legatari o all'erede scritto, che volendo avvalersi del testamento, non furono imputati nel giudizio penale.

(1) Le due eccezioni contemplate in questo articolo non si trovano scritte nel codice francese. Con la prima eccezione si è voluto troncare la quistione sul proposito da' giureconsulti francesi agitata (vedi la nota alla pag. 18, n. 111, in fine.) La seconda eccezione era anche indispensabile, perciocchè, senza di essa, poteva dedursi la conseguenza, che ne' testamenti sarebbero richieste a pena di nullità anche quelle formalità che la legge sul notariato non prescrive a pena di nullità. Vedi la nota alla pag. 23, n. V.

(*) Questa obiezione si faceva a Merlin, che con tutta la potenza della sua dialettica sostenuto avea (nel rep. v. *chose jugée* § 15, e quist. di dritto, v. *faux* § 6) che la sentenza criminale à nel giudizio civile l'effetto della cosa giudicata contro la parte lesa che non si era costituita parte civile. La dottrina contraria è egualmente con profondi ragionamenti sostenuta da Toullier, t. 8, nos. preliminari, e t. 10, n. 224 e seg.

SEZIONE III.

Delle instituzioni di erede, e de' legati in generale.

928. Le disposizioni testamentarie sono o *universali*, o a *titolo universale*, o a *titolo particolare* (1).

V. gli art. 815, 816, 822, 892, 964, 968, 994, 995, 996, 998.

---

(1) I. Stabilite le formalità de' testamenti, il Codice passa ad occuparsi delle diverse disposizioni testamentarie e de' loro effetti.

La legislazione romana, nelle eredità che si deferivano per volontà dell'uomo, distingueva la institozione di erede de' legati. La instituzione di erede non formava che un tutto indivisibile col testamento, ed il § 34 delle Instituta tit. *de legatis* chiama la instituzione di erede *caput atque fundamentum totius testamenti*; e da ciò derivava che quando l'eredità non era accettata, le disposizioni del testamento rimanevano annullate, l. 186, ff. *de reg. jur.* Ciò che dicesi *nomen juris, universum jus defuncti*, riposava sulla testa dell'erede, donde nell'antica legislazione derivavane que' canoni fondamentali di dritto accennati nel tomo precedente, note 1 alla p. 867. Nè abbiasi a credere, che Giustiniano con la novella 1, cap. 1 derogò alla necessità delle instituzione: è vero che questa novella conferma le disposizioni testamentarie, quantunque l'erede non avesse accettato l'eredità; ma essa non suppone mene che la istituzione sia essenziale alla validità dell'atto; dessa non fa che trasferirla dalla persona dell'instituito in quella dell'erede *ab intestato*, per obbligare quest'ultimo a soddisfare i legati e gli altri pesi.

La materia della instituzione di erede e de' legati era complicatissima, e gli autori del codice civile hanno procurato di semplicizzarla. Partendo dal principio, che la istituzione di erede non è più necessaria per la validità delle disposizioni testamentarie, la parola *legato* è oggi un termine generico, che comprende le disposizioni particolari, quelle di una quota, non che le disposizioni universali: si sono quindi confuse le regole sulla istituzione di erede e sui legati. Ascoltiamo il sig. Jaubert nel suo rapporto fatto al Tribunato sulla qualificazione ed effetti delle varie disposizioni testamentarie:

« Ne' paesi di dritto scritto si conoscevano le istituzioni di erede ed i legati particolari.
» Ne' paesi di costumanze non si conoscono che i legati universali o particolari. Il progetto di legge non intende prescrivere veruna denominazione. Sarà permesso indistintamente d'impiegare i termini *d'instituzione di eredi* o di *legati*. Si potrà anche non impiegare nè gli uni, nè gli altri. Non si avrà più da occuparsi di quest'antica massima de' paesi di dritto scritto: *Institutio haeredis est caput et fundamentum totius testamenti.* Basterà che il testatore abbia esplicitamente fatto conoscere ciò che dovrà raccogliere l'individuo a favore del quale egli disporrà; in ciò consiste la natura della disposizione che occorre conoscere, definire ed apprezzare.

« Adunque non possono essere che di tre sorte le disposizioni testamentarie. O sono *universali*, cioè che comprendono tutta la successione. O sono a *titolo universale*, cioè che comprendono una quota parte di tutta la successione. O finalmente la disposizione testamentaria non cade che su un *oggetto particolare*.

« La legge vuole in fatti, che l'uomo possa col suo testamento disporre e di tutte le sue facoltà, o di una parte, o soltanto di una cosa determinata. Importa poco alla legge che l'uomo dica che nomina erede quel tale, o che dica che lo nomina legatario universale. Importa poco alla legge che il testatore che non vuol disporre a favore d'un individuo che del terzo del suo, e del terzo di una quantità de' suoi immobili, e del suo mobiliario, dica che lo fa erede, o che lo instituisca nel terzo, oppure che dica, che gli dà o gli lega il terzo. Finalmente poco importa alla legge che il testatore dica o faccia un tal erede in una cosa particolare, o che gli lega una cosa particolare.

« La legge non si attaccherà che con ragione all'idea del testatore ed alla natura della disposizione.

« Il solo sacrifizio che i paesi di dritto scritto abbiano a fare in quest'occasione è quello dell'antica regola: *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest.*

« Altre volte di fatti, se un testamento non conteneva che una istituzione di erede in una cosa particolare, questo istituito prendeva l'intera successione, malgrado la limitazione, in forza della regola che nessuno può morire parte *testatus* e parte *intestatus*.

» Conviene osservar solo l'espressa volontà del testatore. E siccome nell'accettazione ordinaria la parola *erede*, sia che si trovi isolata, sia che si trovi accompagnata dalle espressioni *generale*, *universale*, o semplicemente *generale*, ovvero *universale*, dinota quello che deve succedere a tutt'i beni; sarà rassomigliato al legatario universale colui che nell'accettazione ordinaria è così chiamato a raccogliere tutte le facoltà disponi-

Ciascheduna di queste disposizioni, tanto se sia fatta sotto la denominazione d' istituzione di erede, quanto di legato, produrrà il suo effetto , secondo

---

» bili. Il legatario universale si rassomiglierà all' erede. Così l'instituzione di erede varrà tanto quanto il legato universale, ed il legato universale tanto quanto il particolare.
» La stessa regola di corrispondenza ed analogia è stabilita per le disposizioni a titolo uni-
» versale e particolare.

« Frattanto conveniva dispensarsi dal ripetere incessentemente tutte queste diverse de-
» nominazioni. Dovea bastare di dichiarare per principio, che non vi sarebbe fra esse ve-
» runa differenza, e veruno non può sorprendersi, se nel tratto successivo degli articoli
» s'impiega di frequente la parola *legato universale*, allorchè si tratti di disposizioni uni-
» versali; la parola *legato a titolo universale*, allorchè si tratti di una disposizione, di
» una porzione di beni e di una specie di beni; in fine la parola *legato particolare*, al-
» lorchè non si tratti che di una disposizione di una cosa determinata.

« Sembrò alla vostre sezione di legislazione, che le precauzioni del progetto preveniva-
» no tutte le difficoltà che potrebbero risultare dagli antichi usi ». Locrè, 5, p. 356 e 357, n. 61.

La disposizione adunque dell'unico art. di questa sezione à per oggetto di stabilire in principio quante specie di disposizioni testamentarie sono riconosciute dalla nuova legislazione. Nel progetto del codice francese questa regola fondamentale non era così chiaramente scolpita, ma l'articolo fu aggiunto e collocato sotto una sezione speciale, sulle osservazioni del Tribunato, che ragionò così la sua emenda:

« Dopo di essersi spiegate le regole sulla forma de' testamenti, bisogna spiegare la for-
» ma delle differenti specie di disposizioni testamentarie e gli effetti di ciascuna.

» Tre specie di disposizioni: 1.° Le disposizioni universali. . .; 2.° Le disposizioni a
» titolo universale. . . .; 3.° I legati di cose particolari e determinate.

« Si potrebbe designarle tutte sotto il titolo di *legati* con l'aggiunzione de' caratteri che
» vi si riferiscono ed esclusivamente loro applicabili.

« Imperlanto, si è proposto di lasciare sussistere la denominazione d'*instituzione d'ere-
» de*, ch'è di grande uso. Così, si potrebbe dire indifferentemente, per esprimere la pri-
» ma idea, *erede universale* o *legatario universale*; per esprimere la seconda, *erede a ti-
» tolo universale* o *legatario a titolo universale*; ed infine, per esprimere la terza, *erede
» particolare* e *legatario particolare*.

« Ma nel medesimo tempo è convenevole di annunziare con massima precisione, che
» non vi sarà da oggi innanzi alcuna differenza tra la denominazione di *erede* e quella di
» *legatario*, e che tutti gli effetti particolarmente attaccati dalle leggi romane al titolo di
» *erede* sono interamente distrutti.

« Perciò, la sezione propone di fare una sezione novella, che sarà composta di un solo
» articolo che conterrà questa idea principale, e'l cui titolo sarà: *della instituzione di ere-
» de e de' legati in generale* ». Locrè 5, p. 298, n. 53.

Nel nostro Supremo Consiglio di Cancelleria si mise in discussione, se convenisse ritenere la distinzione del legato universale, a titolo universale, e particolare, distinzione che, secondo il parere del Consigliere Sarno non trovavasi riconosciuta nel dritto romano, ed era piuttosto astratta, ossia mentale, che legale, affatto nell' applicazione non differendo dal sistema del dritto romano.

Il Consigliere Maglisno ragionò così:

« Nello stabilirsi una legge non bisogna operare a somiglianza di que' che giudicano i
» libri come si fa de' vini; ma esaminarne la qualità, senza aver riguardo all' *anno domi-
» ni*, e quindi attenersi unicamente a quella legge che sia più propria ed adattata al pub-
» blico vantaggio. Or l'innovazione fatta dagli autori del Codice sul dritto romano, che
» anche su di ciò in Francia già osservavasi, tende al sistema generale del miglioramen-
» to felicemente immaginato.

« Prima il testamento considerandosi come una abrogazione della legge successoria,
» facevasi ne' comizi calati. Vi rimasero in seguito de' simulacri: la rogazione de' cittadi-
» ni testimoni, il numero settenario, l'unico contesto; la nullità della disposizione ove
» mancasse la instituzione, e la diredazione; la necessità di morire o testato interamen-
» te o ab intestato, ed altre formalità opposte alla semplicità naturale.

« Gli autori del Codice àn detto che l'*erede* e *legatario universale* è lo stesso: che il
» testamento è valido, o che taluno dica FO EREDE, ovvero DONO, DISPONGO, LEGO LA MIA
» EREDITA'; che tanto è dire EREDITA' quanto BENI. Ecco pareggiati gli eredi a' legatari
» universali.

« Nel dritto conoscevasi il legato di partizione: *haeres meus cum Titio hereditatem meam
» partito*, l. 164, § 1, ff. *de verb. signif*. Distinguevasi parte di eredità, e parte di beni;

le regole qui appresso stabilite per la istituzione di erede e legati universali, pe'legati a titolo universale, e pe'legati particolari.

» nel primo caso il legatarie universale avea parte dell'eredità con parte de' pesi; nel se-
» condn la parte detratli i pesi, l. 8, § nltim. ff. *de legatis*. 2.° It legato di nna parte di
» mobili, e di stabili era legate particolare. Il legatarie nnn contribuiva a' debiti e pesi.
» Il commercie ed i nuovi rapporti dalla società fecere vedere ohe ne negoziante â tutte
» in mobili, e che esentare il legatario dal contribute de' pesi, è ingiusto.

« Quindi la disposizione anche triplice:

« 1.° Erede e legatarie universale sene lo stesse. Hanno l'immissione, se non vi è ere-
» de cui sia devuta la legittima, la quale, secondo il codice francese, era più della dispo-
» nibile.

« 2.° Legatario a titolo universale. Contribuisce a'debiti, ma riceve il legato dall'ere-
» de, e legatario.

« 3.° Legatarie particolare: non è tenuto a'debiti e pesi ereditari.

« Tutte è semplicizzate; e tutte le formole, i riti a sottigliezze della veneranda anti-
» chità, tutto si è adeguato alla ragiene naturale, ed all'indole della società nello stato
» attnale.

« Tutte le disposizieni sì del codice civile, che di quelle di rite cospirane a tal siste-
» ma, il quale unn dee cambiarsi, perchè più henne, più semplice, più gieste; e perchè
» converrebbe andarue accemodande in più luoghi di ambi i codici i risultati, il che nen
» può riuscire senza nna matura e minuta applicaziene, e senza il consume di tempo in-
» finito.

All'esposte osservazieni del Consigliere Magliano, aggiunse il consigliere Sollime: « Il
» velere rigettare ogni innevaziene, è rigettare ogni progresso, è velere spesso ammira-
» re quello che mene intendesi, coma (al dir di Orazie) facevasi da taluni relativamen-
» te nlle leggi di Rema, delle dodici tavele, a'vecchi trattati di pace, ed a'libri da'Pon-
» tefici, chn credevane essere stati dettati dalle stesse muse. Tutto ciò ch'esiste â comin-
» ciate; tutte ciò ch'è stabilimeuto, è stata innovaziene. Que'dneque che approvaeo ogni
» legge perchè antica, l'avrebbero biasimata altra volta perchè nuova: ed in quale stato
» saremmo se fosse seguito questo principio?

« Il dritte romane non conosceva che seccessieni universali e successioni particolari, e
» se il testatere lasciava qualch'erede in nna parte qualunqee della sua eredità, o anche
» in nna cosa certa, senza dargli alcun coerede, costui era l'erede nniversale, nen po-
» teude il testatere merire parte testate e parte intestato. Dividende il testatnre la sua ere-
» dità fra più coeredi, con asseguare a ciascuue nna quota dell'eredità, questi aredi po-
» tevansi dire eredi a titoln universale, in quanto che niune aveva l'intera aredità, e cia-
» scenn era tennto a pagare i debiti ereditari in preporzione della rispettiva quota, seb-
» beue in seguito potevano coesegnire l'intera eredità in virtù dal dritto di accrescere ».
Questa osservazioni determinarone il Consiglie a ritenere la distinzione ammessa dal Codica francese tra legate universale, a titele universale e particolare.

Non senza ragione ci siame determinati a riportare i documenti autentici, che ân servito di hase alla compilazione dell'art. in disamina, perciocchè spandeno molta luce su tutto il sistema degli effetti delle disposizioni testamentarie, che oggi altra cosa non sono che *legati*, e producono i diversi effetti determinati dalle sezieni segnenti, seconde che sono universali, a titole universale, o particolari. Le divergenze degli antichi interpetri sulle istituzieni di erede sono sotto l'impero del codice divennta inutili, e le leggi romane non possono più essere consultate che per le decisieni comnni alle istitnzioni di eredi ed a'legati, nen che in quelle parti che non si oppongono a'principi della nuove legislazione su'legati.

II. Passiamo a determinare delle regole generali per conoscére gli elementi che debbono concorrere in una disposizione testamentaria, perchè nn legato qualnnqne possa avere esecuzinna. Per ciò che riguarda quali persone nen possono ricevare ne legate, ed il tempo da considerarsi per sapere, se nn legatarie sia abile o incapace, ci rimettiame a quanto abbiamo esposto nel tome precedente neta alla p. 375, § 2, e neta alla p. 379, n. *Secondo*.

Prima regola—La indicazione del legatarie dev'essere fatta chiaramente dal testatore, altrimenti colei che reclama il legate non avrebbe alcun titole. Non debbesi de ciò dedurre, che il testatore abbie il dovere d'indicare i suoi eredi e legatari co'loro nomi individuali, basta che le faccia conoscere con segni non equivoci, l. 9, § 9, ff. *de heredibus instituendis*, l. 34, ff. *de condit. et demonstrat.* E la legge 6, ff. *de rebus creditis* ne dà per raginne, che la indicazione certa e l'espressione del nome sono talmente identiche nel dritto, che possone impiegarsi indifferentemente l'una per l'altra.

Seconda regola—Ogni disposizione testamentaria dovando essere l'espressione della vo-

SEZIONE IV.

Della instituzione dell'erede, e de'legati universali.

929. La *instituzione di erede* o *il legato universale* è la disposizione te-

---

lontà del testatore, il testatore non può commettere ad un terzo la scelta de' suei legatari; l. 3a, ff. *de heredibus instituendis*; l. 5a, ff. *de condit. et demonstrat.* Il testatere però può incaricare un terze di nominargli per legatarie una persona di cui lascia la scelta in ue numere e in una elasse determinata, perchè allera la sostanza delle disposizioni nen dipende dalla volontà di colui al qaale è coefidato un tal potere, e perchè d'altrende non evvi un'incertezza assoluta nella persona chiamata a raccogliere l'effetto di tale disposizione; l. 7, § 1, ff. *de rebus dubiis*. Qaindi si può benissimo fare un legate a' domestici che saranno al servizie del testatore in tempo della sua merte, a celui che sposerà sua figlia ec. Ricard, p. 1, n. 564 e 566; Furgole, c. 6, ses. a, n. 31; Merlin, rep. v. *legataire*, § a, n. 18; Delvinceart, lib. 3, tit. 4, nota a52.

Da ciò dobbiamo esaminare quale sia l'effetto de' legati fatti a *persone incerte*. Giustiniano riferisce nel § a5 delle Inst. tit. *de legatis*, ehe nell'antico dritto nen era permesso di diaporre a favore di persone incerte, tutte che potessero essere coosciute per qualche eveote; ceme se un testatore avesse detto: *io instituisco mio erede colui che sarà nominata console nell'anno venturo*. Nendimene potevasi disporre a favore di persone incerte prese in ua aumero certo, come se si fosse detto: *quello de' miei parenti dal lato materno che sposerà mia figlia, io l'instituisco erede*. Giustiniane medesime annunzia nel § a7 delle stesso tit. ehe abrogò questa legge, la qaale per altro nen si rinviene nel codice; ma Vinnie ed altri interpetri, credono ehe tal legge volesse che la incertezza della persona dell'arede o del legatario non fosse di ostacole alla validità della disposiziene, allercbè qaesta incertezza potesse essere tolta da qualcbe avveoimento presente e futuro, eome ne' proposti esempi. Qaesta teerica è consona a' principi della nuova legislazione, ed i citati scrittori vi fanno plauso.

Se non cba nell' applicaziene possone nascere gravi difficoltà, quande cioè l'incertezza del legatario non è tolta da qualche designazioee eha indichi la persona in mode certe. Così si è dubitato, se i legati segreti sieno validi per essere incerta la persoea del legatarie; ossia se un testatore possa validameote legare, e gravare il sue erede di dare ad noa persona di coofidenza, ceme ad un esecutore testamentario, una certa aomma di danaro per essere impiegata e distribuita unifermemente alle sue intenzieni dichiarate verbalmenta. La Corte di Aix decise per la nullità del legato, e questa decisiene fu confermata dalla Corte di Cassazione di Parigi coo arreste del dì 12 agoste 1811 su di una dotta conclusione di Merlin, rep., v. *legataire*, § 2, n. 18 bis. La stessa teorica è seguita da Toullier, t. 5, n. 351 e 606, Grenier, n. 34e, Decisieoe della Corte di Limoges dei ae diecmbre 1830 in Sirey, 31, a, 207. *Contra*, Delvincourt, lib. 3, tit. 4, neta 252. Nel nostro supremo Consiglie di Cancelleria si discusse questa qaistiene nella compilazieno dell' art. 815, e si ritenoe la nullità de' legati segreti, ceme riferisce Amorosi, *traduz. di Duranton*, t. 9, n. 8.

Si è giudicato però con ragione, che nen debbe considerarsi come legate fatte a persona ioeerta, quelle col quale il testatore vuele, che tutt'i suoi beni sieno venduti per impiegarsi il prezzo in *celebrazione di messe*, poichè in questo caso è legataria la chiesa: arreste della Cass. di Parigi de' 26 novembre 1828, Sirey, 29, 1, 17.

Terza regola—È un principio comune a tutt'i legati che possono essere puri e semplici, fatti a termiee o sotte coedisione. Degli effetti de' legati puri, a termine e sotto condizione, ci occuperemo nelle osservazioni agli art. 968, 995, 996, 998.

Quarta regola—Ne' legati à luoge il dritto di accrescere. Svilupperemo nelle osservazioni agli art. 999 e 1000 quali condizioni si richieggone per verificarsi il dritto di accrescere.

Quinta regola—Il codice non contiene alcuna disposiziene relativamente alla interpetraziene degli atti di ultima velontà, e si può dar ragione di questo sileozio, ebe la teorica della interpetrazione degli atti è più dettrinale che legislativa, perciocchè la logica è quella cha insegoa a valutare l'intelligenza degli atti oscuri ed ambigui. Debbono adunque nella interpetrazione delle disposizieei testamentarie prendersi a norma le regele stabilite negli articoli 1109 e seg. *sulla interpetrazione delle convenzioni*, le quali regole sono sempliei consigli, eho i giodici possono noo seguire secondo le cireostanze « Le di» sposizioni degli art. 1157 e seg. del codice (1109 e seg. ll. cc.) sono piuttoste consigli » dati a' giudici, in materia d'interpetrazione di contratti, che regole rigorose ed impe-

stamentaria, colla quale il testatore dà ad una o a più persone l'universalità de'beni che egli lascerà dopo la sua morte (1).

V. gli art. 923 935 e 999.

930. Quando a morte del testatore vi sieno eredi a' quali è dalla legge riservata una quota de' suoi beni, questi eredi per la di lui morte entreranno *ipso jure* nell' immediato possesso di tutti i beni della eredità; e l'erede scritto o il legatario universale dovrà chiedere da essi il rilascio de'beni compresi nel testamento (2).

V. gli art. 645; 829, 831 e 965.

V. l'art. 151, p. civ.

» rative, dalle quali le circostunze, 'anche le più gravi, nan li autorizzerabbern ad ap» partarsi. » Così si espresse la Cass. di Parigi con arresto de' 18 morzo 1807, in Dalloz, v. *obligation*, c. 3, sez. 5. Si possono quindi consultare con snccesso le regale date da Pathier, *des danat. testam.*, c. 2, e *des obligat.* n. 19 e seg.; Domat, parte 2, lib. 3, tit. 1, sez. 7 e 8; Toullier, t. 6, n. 305 a seg.; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 237.

(1) Dicemmo nella nnta precedente, che si distiaguono tre specie di legatari; legatari naiversali, legatari a titola uaiversale, e legatari a titolo particolare. L'oggetto di questa distinzione è della massima importanza per determinare: 1.° Chi deve sapportare i pesi dell'eredità, ed in che proporziane; 2.° Per conoscera le regole del dritto di accrescere; 3.° Per istabilire le azioni che competonn a'diversi legatari per ottenere il rilascio del legato; 4.° Per giudicare a vantaggin di chi vanno i legati cadnchi. Il codice adnaque à con molta cura stabilite le defioiziaai delle tre specie di legati;e quantunque fosse vero ehe le defiaizioai appartengono alla scienza, ed il legislatore non deve imbarazzarsi in definizioni sempre pericolose, pare qnaado si passa da una legislazione od un' altra, ed in una materia che formava oggetto di gravi difficoltà, il legislatore è nell'abbliga di stabilire la definizione di ciò che forma oggetto di disposiziane legislativa, si per comprenderne la naturo ehe gli effetti (v. il t. 1, nnta alla p. 365, n.° II). Qni si defiaisce il *legato universale* e si dnnnn le regole su'dritti e sulle obbligazioni del legataria nniversale: nell'art. 964 si dà la definizione del legato a *titolo universale* e del *legata particolare*.

L'art. in esama definisce per *legato universale*, la disposizione colla quale il testatore dà ad una n più persone l'universalità de'beni ch'egli lascerà dopn la sua morte.

Sa questa definizinne si sono notate duo imperfezioni:

1.° Qnando è legataria una sola persana, la universalità de'beni in suo favore costituisce indnbitatamente il legoto universale. Ma quando il testatore vuole istitnire più persone per legatari universali, bisogna che lo istituziane abbia luoga *congiuntamente*, poichè se tutt'i beni fossero legati separatamente a più persone, allora il legato nnn sarebbe piu universale. Così la disposizione con cui il testatore diecsse, *legn a Pietro la metà di tutt'i miei beni ed a Paulo l'altra metà*, non sarebbe un legato universale, beachè fosse compreso nel testamento medesimo: nan sarebbe altrn, che uo legata *a titolo universale*, poichè attribuirebbe a ciascuno de'legatari la metà de'beni, e per conseguenza, se Pietro premurisse al testatore, il legata diverrebbe caduco, e la metà de' beoi apparterebbe all'erede legittimo, art. 994 e 998. Sarobbe altrimenti, se il testatore avesse dato a Pietro ed a Paolo *congiuntamente* l'universalità de'suoi beni, senza farne tra loro la divisione, come se avesse detta, *lego a Pietro ed a Paola i miei beni;* perciocchè allora il testotore à voluto che uno de' legatari, in mancanza dell'altro, avesse la totalità de'beni per dritta di accrescere, url. 999. Quindi per essere completo la definizione del *legato universale*, bisogna aggiungere all'art. in esame 929 « il legata universale è la disposizione testamen» taria, colla quale il testatore dà ad una o più persone *congiuntamente* ec. » Chabot, *des succes.* sull'art. 871 (792) n. 1; Toullier, t. 5, n. 505; Grenier, n. 288 e 289; Delvincnurt, lib. 3, tit. 4, nota 265; Prondhon, *de l'usufruit*, n. 636; Duranton, t. 9, n. 184.

2.° La esistenza di un erede avente dritto alla quota di riserva (art. 830 e 832) non toglie al legatn la qualità di *universale*, quando comprende i beni di cui poteva il testatare disporre. Qaesto principio è una conseguenza diretta degli art. 930 e 935 ehe suppongono la concorrenza di nn legatario universale e di nn erede ovente dritto a quata di riserva. Quindi ovrebbe dovuta dirsi nella definizione data dall'art. 929, che è legata universale la disposizione, colla quala il testatore dà . . l' universalità de'beni eh'egli lascerà dopo la sua marte, *e de' quali può disporre*. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, c. 3, sez. 2, § 2; Toullier, t. 5, n. 507; Grenier, n. 289; Durantan, t. 9, n. 201.

(2) I. Il morto mette in possesso il vivo: è questo uno de'canoni fondamentali della nuova legislazione (v. il t. 1, p. 249, nata 6). Il legataria nniversale odunque, ehe *stat loco heredis*, è immesso *ipso jure* nel possesso de' beni del testatare? Gli art. 930 e 932 ammettono uno distinzione. Se il testatore lascia eredi cui è davnta una qnota di riserva, è a costoro, che ripetono il dritto dalla legge, deferito *ipso jure* il possesso de'beni, ed il legatario nniversale deve lurn domandare il rilascio del legato. Se poi il testatore nnn la-

931. Ciò non ostante il legatario universale o l'erede scritto avrà in que-

scia eredi aventi dritto a riserva, il legatario universale acquista *ipso jure* il possesso dei beni, nè è obbligato a dimandare il rilascio de' beni agli eredi naturali del defunto. Perchè il legislatore à ammesso questa distinzione? È pregio dell'opera riportare la discussione avvenuta nel consiglio di Stato di Francia nella compilazione di queste disposizioni, per comprenderne lo spirito.

« Bigot Préameneu dice, che bisogna risolvere la quistione, se l'erede istituito sarà impossessato della successione di pieno dritto ed in virtù del suo titolo, o se sarà obbligato di domandare il rilascio all' erede *ab intestato*.

« Maleville pensa, che il solo legatario particolare deve assoggettarsi a questa formalità; ma che, conformemente a' principî del dritto romano, l'erede testamentario non à bisogno che del suo titolo per mettersi in possesso. Questo sistema, ch'evita de' circuiti e delle spese inutili, è d'altronde senza inconvenienti, tanto più che, nel sistema opposto, l'erede instituito è esposto a delle nocevoli difficoltà che può fargli l'erede legale; e quest'ultimo non è chiamato sotto il titolo di erede, che per provare il dispiacere di esserne subito spogliato. Impertanto, nell'intervallo, la successione può essere dilapidata dall' erede *ab intestato*. Bene spesso vi sarà, per rapporto all' amministrazione de' beni, un ristagno dannevole, soprattutto quando l'eredità consiste in un fondo di commercio. Se l'erede testamentario è impossessato di pieno dritto, si mette di seguito alla testa degli affari, riceve e paga, ed il negozio non soffre alcuna interruzione; ma se dopo la morte del commerciante bisogna subito investire un erede legittimo che non à alcun interesse alla cosa, e non è messo là che per restituirla ad un altro, la corrispondenza è necessariamente interrotta, gli affari languiscono e la casa perisce.

« Si obietta, ch'è la legge che fa gli eredi *ab intestato*. Essa fa egualmente gli eredi instituiti, quantunque in una maniera meno diretta.

« Si obietta ancora, che il testamento potendo esser nullo, è giusto di non dargli effetto che dopo di essersene riconosciuta o giudicata la validità. Ma certamente vi sono più testamenti validi, che testamenti nulli; or, non sono i casi rari che il legislatore dava prendere per base delle sue leggi. Inoltre il provvedimento è dovuto al titolo.

« Il sistema de' paesi consuetudinarî avea per principio la distinzione de' beni proprî ed acquistati. Or, questa distinzione non esistendo più, sembra giusto di decidere che l'erede testamentario sarà impossessato di pieno dritto, come l'erede *ab intestato*.

« Bigot Préameneu dice che, forzata di dare un effetto provvisorio ad uno de' due titoli, la sezione à creduto di dover preferire quello dell'erede *ab intestato*, perchè è incontrastabile. Non vi à dubbio che il defunto à potuto derogare all' ordine comune delle successioni e di crearsi un erede di sua scelta; ma non è certo che à usato di questa facoltà, che quando il testamento è riconosciuto. Nel sistema del dritto romano, dove il padre di famiglia era legislatore, la legge, per essere conseguente, dovea ammettere subito l'erede instituito; ma non può essere lo stesso nel sistema della nostra legislazione, dove l'instituzione di erede è una derogazione al dritto comune sulle successioni. Del resto, è un vano allarme, quello di temere, da parte dell'erede *ab intestato* delle irragionevoli difficoltà. Questo erede non si esporrà alla condanna de' danni-interessi, che sarà la conseguenza indubitata di una contestazione mal fondata.

« Tronchet dice, che l'ordinanza del 1735 non essendo destinata ad introdurre un nuovo dritto, ma regolarizzare gli usi stabiliti, à dovuto modificarsi secondo la diversità de' due sistemi de' paesi di dritto scritto e de' paesi consuetudinari. Ora, al contrario, che si tratta di tutto ridurre ad una legge unica e generale, si è forzato di scegliere tra i due sistemi. Bisogna dunque giudicar ciascuno in sè, e di ravvicinarli in seguito per esaminare, se è impossibile di conciliarli.

« Nel dritto consuetudinario, la legge sola ed il sangue facevano l'erede; la facoltà di disporre non era che una eccezione al dritto comune sulla trasmissione de' beni per morte. Ma poichè la facoltà di disporre esisteva per autorità della legge, la legge può dargli più o meno estensione e convertire l'eccezione in regola. Di già, anche ne' paesi consuetudinari, la instituzione di erede era ricevuta ne' contratti di matrimonio.

« Impertanto, permettendo all'uomo di darsi un erede, la legge subordina questa facoltà a due condizioni: la prima è di esprimere la sua volontà nelle forme legali; la seconda, di non toccare la riserva. Or, poichè l'erede legale non può essere spogliato che sotto queste condizioni, è ragionevole e benfatto di mostrargli il titolo che annichila i suoi dritti, affinchè sia nello stato di esaminarlo.

« Questa precauzione era tanto più necessaria, nel caso in cui con un testamento olografo, poteva impadronirsi di una successione.

« Questo inconveniente esiste oggi dappertutto, poichè dappertutto il testamento olografo può essere adoperato, e che le riserve sono nondimeno più considerabili che altra volta.

sto caso il godimento di tali beni dal giorno della morte, se la domanda è

» L'erede instituito non deve dunque avere il medesimo possesso, che apparteneva all'erede legale ne' paesi consuetudinari.

» Si debbono distinguere due effetti nella trasmissione de'beni: il possesso, ed il godimento.

» Non si oppone, che l'erede testamentario ottenga i frutti a contare dal dì in cui la successione è aperta; ma vi sono grandi difficoltà a far cominciare il suo possesso nella medesima epoca.

» È vero che, ne'paesi di dritto scritto, si ammetteva un altro principio; ma questa giurisprudenza era tanto più sorprendente, ch'era contraria ad una disposizione formale di una legge romana.

» *Adriano*, stabilendo un dritto di ventesima parte sulle successioni testamentarie, avea, per assicurare la percesione de' frutti, obbligato l'erede instituito a non mettersi in possesso che con l'autorizzazione del pretore; e la reclamazione di un contraddittore non sospendeva l'immissione in possesso.

» *Giustiniano*, riformando questa legislazione, volle: 1.° che quando il testamento sarebbe regolare nella forma, il giudice mettesse l'erede in possesso; questa disposizione esclude evidentemente il possesso di pieno dritto, e suppone un esame preliminare; 2° che quando si presentasse un contradittore, il possesso fosse aggiudicato al titolo più apparente.

» Sembra dunque che ammettendo le instituzioni testamentarie, dando loro l'effetto di attribuire i frutti all'instituito a contare dall'apertura della successione, purchè li reclami in un certo termine, si deve intanto obbligarlo a presentare il suo titolo al giudice e farlo riconoscere. La pubblicazione ordinata da Giustiniano diviene inutile; dessa è supplita dal registro: ma il giudice deve avere il dritto di differire il possesso, se il testamento gli sembrasse irregolare nella forma.

» Portalis dice, che vi sono qui due considerazioni: l'una di dritto e che dipende da' principî della materia; l'altra di fatto, e che dipende da' risultamenti.

» Si è detto che in principio l'erede *ab intestato* solo è certo: or, nel concorso di due titoli, il più evidente dev'essere preferito.

» Si è dunque ragionato come se esistessero simultaneamente due titoli. Ciò è un errore. Allorchè esiste un erede testamentario, non avvi più erede legale; perciocchè la legge non imprime minor effetto alla disposizione che fa l'uomo in virtù dell'autorizzazione che gli dona, che alla disposizione ch'essa stessa fa direttamente: così, l'erede testamentario è erede legale, come l'erede *ab intestato*.

» Si obietta, che il testamento dal quale l'instituito tiene la sua qualità può essere impugnato.

» Se si sospenderà l'effetto degli atti che possono essere impugnati, bisognerebbe dunque sospendere l'esecuzione non solamente de' testamenti, ma ancora delle vendite, delle donazioni, di quasi tutte le transazioni civili. Ma ecco i principî da' quali bisogna partire: 1.° La presunzione è sempre che un atto sia valido: non cessa questa presunzione che quando l'atto è annullato; 2.° questa presunzione rende esecutorio l'atto.

» Perchè, si domanda, non chiamare l'erede *ab intestato*?

» Perchè, nelle cose per le quali l'uomo dispone in virtù del potere che gli dà la legge, la sua volontà dev'essere eseguita più scrupolosamente che la disposizione della legge stessa: *mitius contrahitur cum lege, quam cum homine*. La massima *il morto impossessa il vivo*, riceve qui la sua applicazione, e poco importa che il possesso cada sull'erede testamentario o sull'erede *ab intestato*. Questa massima è fondata su ciò, che non può esservi alcun intervallo tra il defunto e'l suo erede; il possesso del primo continua immediatamente nella persona del secondo.

» Nel dritto romano, non eravi alcuna differenza tra l'erede testamentario e l'erede *ab intestato*; non esisteva che nel dritto consuetudinario.

» E non si dica, che il dritto de' romani su questa materia era loro particolare, perchè presso di essi il testamento era il carattere della legge. Dappertutto il testamento à questo carattere, perchè dappertutto gli atti autorizzati sono eseguiti come le leggi. Presso i romani, il padre era padrone assoluto nella sua famiglia, ma non sotto il rapporto del suo testamento, poichè la potestà paterna era più antica della facoltà di testare.

» Il testatore era sì poco assoluto, ch'era obbligato di fare il suo testamento nell'assemblea del popolo, che imprimeva a questo atto la forza dell'esecuzione. La forma di testare non è stata semplicizzata, che quando si venne a' veri principî della proprietà.

» Si teme l'abuso che si potrebbe fare de' testamenti olografi, laddove sieno sufficienti a dare il possesso all'erede testamentario. Si è intanto convenuto in altra occasione, che la forma del testamento olografo è la più sicura e la più rispettabile.

» Del resto, la legislazione più pericolosa sarebbe quella che metterebbe il titolo alla

V. gli art. 144, 474, 475.

stata fatta dentro l'anno: altrimenti l'avrà dal giorno della domanda giudiziale, o da quello in cui si sia volontariamente consentito al rilascio de'beni.

---

discrezione della persona di cui ferisce l'interesse. L'erede *ab intestato* è in questa posizione. E se questo erede è assente, è minore, quante lungherie, quanti imbarazzi!

» Dippiù, poichè si consente ad accordare i frutti all'erede testamentario, non v'à interesse a dare in preferenza il possesso all'erede *ab intestato:* il solo risultamento di questa preferenza sarebbe di far sorgere una lite inutile; ma ciò che deve decidere su questo punto, è che l'esecuzione provvisoria è dovuta ad ogni titolo in forma valida. Non vi sono motivi per non sottomettere a questo principio i testamenti, come gli altri atti.

» Si teme che l'erede testamentario dissipi la successione, e che se in seguito il testamento è annullato, l'erede *ab intestato* non ritrova più le cose nel primitivo stato. Ma l'inconveniente non sarebbe lo stesso, se l'erede *ab intestato*, impossessato subito dell'eredità, la dilapidi, o che in seguito il testamento sia confirmato?

Tailhard dice, che non essendosi obbligato di scegliere tra l'uso de'paesi consuetudinari e l'uso de'paesi di dritto scritto, non si deve consultare che la ragione.

» Di che si tratta? Della trasmissione dell'eredità. È impossibile che abbia luogo contemporaneamente a profitto di due specie di eredi. Or, qual è il primo in ordine? È incontrastabilmente quello che crea la legge.

» L'erede che crea la volontà dell'uomo, non lo diviene che per derogazione al dritto comune.

L'erede *ab intestato* deve dunque esser chiamato, primo di tutto, ad esaminare il titolo che lo spoglia: deve esaminarlo per verificare, se è regolare nella forma; se nel merito il testatore abbia ecceduto la quota disponibile. Quest'esame preliminare è tanto più necessario, che l'erede *ab intestato* non è stato parte nell'atto, e vi sarebbero degli inconvenienti a lasciare impadronire l'erede testamentario, anche della quota che la legge riserva agli eredi del sangue. La riserva può, in certi casi, comporsi di tre quarti della eredità.

» Si può prevenire una lite tra queste due specie di eredi. Ma questa lite è inevitabile, anche nel sistema proposto, se l'erede *ab intestato* vuol farla nascere; perchè, ricusando all'erede istituito il titolo o l'immissione in possesso, l'obbligherà a ricorrere a'tribunali.

» L'opinante appoggia l'emenda proposta da Tronchet.

» Muraire è, al contrario, per l'opinione che il possesso deve appartenere all'erede testamentario.

» È certo che la massima *il morto impossessa* il vivo, era ricevuta ne'paesi di dritto scritto, come ne'paesi consuetudinari: il possesso si operava di pieno dritto nella persona dell'erede instituito.

» Perchè gli sarebbe ricusato, mentre che riunisce tutto ciò ch'erasi deciso ad accordarlo all'erede *ab intestato?* Egli à per sè, come quest'ultimo, la volontà della legge; ma à un vantaggio dippiù, ed è la priorità dell'affezione ne'sentimenti del testatore. L'erede *ab intestato* non à egli stesso de'dritti che per la volontà del defunto che si è astenuto di testare.

» L'errore viene da ciò, che si suppone un concorso tra due specie di eredi. Non v'à certamente concorso; perchè se la legge instituisce l'erede del sangue quando non v'è testamento, instituisce a preferenza l'erede testamentario. Non esiste dunque concorso; non esiste il primo erede impossessato di dritto, dalla mano del quale l'erede instituito deve necessariamente prendere i beni. Le due specie di eredi ànno i medesimi dritti nel momento in cui la successione si apre.

» D'altronde, nel sistema contrario, la successione la più evidente si trova subito e necessariamente imbrogliata da una lite; bisogna attendere, se l'erede *ab intestato* è subito impossessato, ch'egli espleterà i cavilli ed i mezzi dilatori per stancare l'erede instituito e percepire i frutti. Lo stesso erede *ab intestato* non vorrà disputare la successione all'instituito, se quest'ultimo è subito impossessato.

» In fine si è ragionato per sostenere l'opposta opinione, nella supposizione che la presunzione era contro il testamento: si deve presumere, al contrario, che il testamento è valido finchè la nullità non è stata pronunziata.

» Jollivet si limita a due osservazioni. Subito, egli dice, è indispensabile di constatare l'ammontare dell'eredità, affine di stabilire la riserva.

Intanto, se l'erede instituito si trovasse subito impossessato, gli sarebbe possibile di attivare lo stato delle cose e di rendere illusorie le disposizioni della legge relativa alle riserve. Inoltre, i testamenti olografi sono redatti dal testatore solo. Diviene dunque possibile di supporli: or, nelle grandi città, i falsari sono molto audaci per usare di questa fa-

932. Quando a morte del testatore non vi sieno eredi a' quali la legge riservi una quota de' beni, questi passeranno *ipso jure* dal giorno della morte

V. gli art. 645, 829, 831, 965.

---

cilità, affin di spogliare la successione mediante il possesso che gli darebbe il falso titolo.

» Il console Cambacérès dice, che non si dissimula la forza dell'obiezione presa dalle disposizioni relative alle riserve; ma dessa non à importanza che nel caso in cui esiste un erede che à dritto ad una legittima. Nel caso contrario, essa svanisce. In certi gradi di parentela il testatore può disporre della totalità della sua fortuna: la legge che gli dà questa facoltà vuole certamente che i suoi dritti passino immediatamente e pel solo effetto della sua volontà, all'erede che l'instituisce. Come potrebbe sottoporsi il testamento ad un erede che la legge non chiama, che in mancanza del testamento?

» Si dice: il testamento può esser nullo, ed intanto l'individuo impossessato di questo falso titolo dilapiderà la successione.

» Si può ritorcere questa obiezione contro l'erede del sangue.

» Ma ciò che deve decidere, è che il falso è un'eccezione all'ordine comune delle cose. Il falso, in un testamento, sarebbe un delitto che si perseguiterebbe come ogni altro delitto, ed il giudice pronunzierà, secondo le circostanze, sull'eccezione provvisoria del titolo impugnato.

» Il *console* propone di adottare la distinzione di cui à parlato, fra il caso in cui vi sono eredi della riserva, e quello in cui non vi sono.

» Egli conchiude, che, al più, in quest'ultima ipotesi, si prenda qualche precauzione; che, per esempio, gli eredi del sangue sieno chiamati alla ricognizione ed all'apertura del testamento.

» Tronchet dice, che la sua opinione rientra in quella del *console*.

» Egli è certo, che, quando esistono de' riservatari, l'ammontare della successione dev'essere constatato.

» Dippiù, ciò che si è detto per provare che non può esservi concorso tra i due ordini di eredi, non è applicabile a questo caso; perchè esiste quasi sempre un erede instituito ed un erede legale della riserva.

» Ma che deve statuire la legge pel caso in cui non vi sono de' risèrvatari? Essa deve obbligare indistintamente tutti gli eredi testamentari a dirigersi al giudice per ottenere il possesso: perchè gli eredi possono essere ignoti o assenti, possono aver dritto alla riserve. Il giudice, secondo le circostanze, ordinerà l'apposizione de' sigilli, chiamerà gli eredi, accordando il possesso provvisorio all'instituito e all'erede.

» Il *console* Cambacérès dice, che alcune volte le precauzioni possono essere senza oggetto; tale sarebbe, per esempio, la specie in cui il testatore avrà dichiarato che i suoi eredi non avendo dritto alla riserva, vuole che colui che à istituito sia impossessato per eseguire all' istante diverse condizioni che il testamento gl' impone. Sarebbe almeno inutile inviare in questo caso l'erede instituito a prendere il possesso dalle mani del giudice. Del resto, è per i principî adottati sulla disponibilità, che bisogna decidersi. Se si à limitato ad accordare una legittima a' figli, agli ascendenti, e, per innovazione, a' collaterali di primo grado: fuori questo caso, ciascuno à disposizione indefinita de' suoi beni, nè vi à più proibizione. Si è dunque voluto che il testamento abbia tutto il suo effetto, e che l'erede instituito, che si trova nella posizione più favorevole quando non vi sono eredi aventi dritto a riserva, non può essere disturbato dalla sottigliezza de' cavilli.

» *Le proposizioni fatte dal console Cambacérès* sono adottate ». Locrè t. 5, p. 266 a 270, n. 2. (*).

(*) Ecco come il sig. Bigot-Préameneu nella *esposizione de' motivi* parafrasa la riferita discussione del consiglio di Stato, ch'è il più bel comentario agli art. 930, 931 a 932.

« Nelle costumanze, ove l'istituzione di erede era assolutamente proibita o non era ammessa che nei » contratti di matrimonio, non v'era altro titolo di erede che nella legge stessa, ciò che si esprimeva » con quelle parole: *la morte impossessa il vivo*. I legatari universali eran obbligati, allorchè pure » raccoglievano tutte le facoltà, di domandere il rilascio.

» Ne' paesi di dritto scritto, quasi tutti gli eredi avevano il loro titolo in un testamento; essi erano im» possessati di pieno dritto dell' eredità, allorquando pure v'erano de' legittimari.

» Si può dire, dietro il sistema del dritto scritto, ch' essendo l'istituzione di erede autorizzata dalla » legge, quello ch' è istituito da un testamento à il suo titolo nella stessa legge, egualmente che quello » ch' è chiamato da essa direttamente; che fin d' allora ch'esiste un erede per istituzione è senz'oggetto » ed anche contradittorio, che vi sia un parente che abbia questa qualità senza tirarne alcun vantag» gio; che il testamento nelle forme è un titolo che non deve meno degli altri avere una provvisoria ese» cuzione; che le domanda di rilascio ed il sequestro fatto da quel parente ch'è spogliato della qualità » di erede non possono che causare delle spese e delle liti che devonsi evitare.

« Quelli che pretendono che l'antico uso de' paesi di costumanza sia preferibile, anche allora ch'è » ammessa la facoltà d'istituire gli eredi, risguardano il principio secondo il quale il parente chiamato

di quello all'erede scritto o al legatario universale, senza l'obbligo di domandarne il rilascio.

II. La riferita discussione del consiglio di Stato stabilisce il fondamento degli art. 930, 931 e 932. Passiam'ora a notare talune riflessioni sulle controversie insorte nell'applicazione.

In quanto al rilascio — 1.° Si è domandato se il testatore può dispensare il legatario universale dall'obbligo di domandare il rilascio de'beni disponibili agli eredi della riserva. Il testatore non à questo potere, perchè l'immissione in possesso *ipso jure* a favore degli eredi della riserva viene dalla legge, e non può esser loro tolta dal testatore. Grenier, n. 299; Toullier, t. 5, n. 444; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 267; Proudhon, *de l'usufruit*, n. 384; Duranton t. 9, n. 191. V. il t. 1, nota 6, alla p. 249.

2.° Che la domanda di rilascio altr'oggetto non à, che quello di ottenere il possesso dei beni; ma la proprietà del legato passa immediatamente dal defunto alla testa del legatario. Così che, essendo il legato universale puro e semplice, si trasmette agli eredi del legatario morto prima di aver fatto la domanda di rilascio, art. 968. Dicasi lo stesso, se il legato è condizionale, e'l legatario muora dopo avverata la condizione, art. 994.

3.° Che rinunciando all'eredità l'erede avente dritto alla riserva, non è obbligato il legatario universale a chiedere il rilascio all'erede collaterale; poichè l'erede che rinuncia è riputato di non essere stato mai erede, art. 702, e quindi il possesso di dritto è per l'art. 932 in favore del legatario universale: Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 267. Lo stesso autore, e Duranton, t. 9, n. 194, sono di avviso, che la esistenza di un figlio naturale (che secondo essi à dritto alla riserva) neanche basterebbe per impedire che il legatario universale fosse impossessato, perciocchè per la legislazione francese i figli naturali non sono eredi, e l'art. 930 parla di *eredi*. Sotto l'impero delle nostre *leggi civili*, la esposta ragione non à più forza, poichè si è soppresso l'art. del codice francese che dichiarava non essere i figli naturali *eredi*. Quindi crediamo doversi distinguere il caso della esistenza di un figlio naturale che concorre alla successione del padre, da quello della concorrenza di un figlio naturale anche non riconosciuto, nella successione della madre. Nel primo caso, il legatario universale è impossessato di pieno dritto de'beni a' termini dell'art. 932, perciocchè il figlio naturale non avendo egli il possesso legale de'beni, art. 645 e 686, deve averlo il legatario universale. In quanto poi alla successione della madre, quantunque i citati art. 645 e 686 parlano indistintamente de'figli naturali, pure crediamo che il possesso legale è del figlio naturale che vanta i medesimi dritti de'figli legittimi, art. 674, ed a lui deve il legatario universale domandare il rilascio de' beni. Vedi nel t. 1, la nota 1, alla p. 250.

4.° Che colui, che riunisce nella sua persona la doppia qualità di erede della riserva e di legatario universale non è obbligato a domandare il rilascio. Arresto della Cass. di Parigi del 2 giugno 1813, in Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.*, cap. 7, sez. 2, art. 2.

5.° Che concorrendo un legatario universale della nuda proprietà ed un altro dell'usu-

---

» alla successione dalla legge dev'essere mai sempre riputato in possesso all'atto di morte, come la salvaguardia delle famiglie.

» Il testamento non dev'avere effetto che dopo la morte, e producendolo è certo il titolo del parente chiamato dalla legge; l'altro può non essere valevole, e per lo meno è sempre suscettibile di esame. Il termine di produrre un testamento, nel mentre che si riempiono le prime formalità onde stabilire lo stato di una successione, non è giammai abbastanza lungo onde impedire che sia nocevole all'erede istituito il possesso preso dal parente chiamato dalla legge.

» Nè l'uno, nè l'altra di queste due opinioni fu interamente adottata: si prese in ciascuna di esse ciò che parve più proprio a conciliare i dritti di quelli che la legge chiama alla successione, e di quelli che debbono raccoglierla per volontà dell'uomo.

» Se alla morte del testatore vi saranno degli eredi a' quali avrà la legge riservato una porzione di beni, questi eredi saranno messi in possesso di pieno dritto, alla sua morte, di tutta la successione, e l'erede istituito, il legatario universale saranno obbligati di domandar loro il rilascio de'beni compresi nel testamento.

» Allorchè l'erede instituito o il legatario universale si trovano in tal modo in concorrenza coll'erede di legge, quest'ultimo merita la preferenza. Egli è difficile che nell'esecuzione possa essere la cosa altrimenti. Non sarebbe forse contro la pubblica onestà, contro l'umanità, contro la presunta intenzione del testatore, che uno de'suoi figli, o che uno degli autori della sua esistenza, all'atto di sua morte fosse scacciato dalla sua casa, senza che egli abbia almeno il dritto di verificare il titolo di quello che si presenta? Quest'ultimo avrà tanto minor motivo di lagnarsi di sì momentanea occupazione, quanto che raccoglierà i frutti dal momento della morte, se la domanda di rilascio fu fatta dentro l'anno.

» Se l'erede istituito o il legatario universale non si trovano in concorrenza cogli eredi avendo una quota di beni riservata dalla legge, gli altri parenti non potranno impedire che questo titolo non abbia tutta la sua forza e la sua esecuzione provvisoria dal momento della morte del testatore. » Locré, t. 11, p. 331, n. 62.

933. Qualunque testamento olografo, prima che abbia esecuzione, sarà presentato al giudice del circondario in cui si è aperta la successione. Questo

V. l'art. 115.

---

frutto, l'uno e l'altro debbono domandare il rilascio all'erede della riserva, e ciascuno nel proprio interesse. La sola domanda fatta dal legatario dell'usufrutto non priverebbe l'erede del possesso del legato, in quanto alla nuda proprietà, poichè il possesso non è stato rilasciato all'usufruttuario, che nell'esclusivo suo interesse. Il legatario dunque della nuda proprietà deve anche egli fare la domanda del rilascio, sì perchè potrebbe operarsi la prescrizione del legato della proprietà, sì perchè il legatario della nuda proprietà è interessato a sorvegliare sul godimento dell'usufruttuario. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 392.

6.° Che il legatario il quale, obbligato di ottenere il rilascio dall'erede della riserva, siesi posto in possesso del legato di privata autorità, non perda per ciò il dritto al legato. Egli sarebbe, soltanto considerato come un possessore di mala fede, tenuto a' danni interessi, ed obbligato a restituire i frutti percepiti prima della domanda di rilascio. Merlin, rep., v. *legataire*, § 5, n. 14, e v. *testament*, sez. 3; Granier, n. 366; Toullier, t. 5, n. 544; Proudhon, *de l'usufruit*, n. 384.

7.° Che la domanda di rilascio non essendo prescritta dall'art. 932, quando il testatore non lascia eredi aventi dritto alla riserva, pure Duranton, t. 9, n. 191 crede che vi sieno due casi ne'quali il legatario non è impossessato di pieno dritto. « Il primo caso è, egli dice, quando un minore dell'età di anni 16 abbia fatto un legato universale, in cambio di limitarsi, come prescrive l'art. 904 (820), a non donare altro che la metà de' beni, de' quali avrebbe potuto disporre, se fosse stato maggiore; in tal caso il legato non è effettivamente che un legato a titolo universale, soggetto in conseguenza alla domanda di rilascio a' termini dell'art. 1011 (965).

» Il secondo caso è quello nel quale il testatore, avendo parenti in grado successibile, abbia istituito legatario universale il suo figlio naturale legalmente riconosciuto; siccome non potè donargli altro che la quota stabilita dall'art. 757 (674), avuto riguardo alla qualità de' parenti da lui lasciati, art. 908 (824), il legato non è similmente che un legato di parte soltanto, un legato a titolo universale; che però appunto obbliga il legatario a domandare il rilascio agli eredi legittimi, ovunque essi sieno ».

Sul primo caso proposto da Duranton, non possiamo essere del suo avviso. Imperciocchè, a prescindere che lo spirito prevalso nella compilazione dell' articolo 930 riguarda il favore esclusivo degli eredi che hanno dritto alla riserva, cioè, i discendenti e gli ascendenti, e fuori di questo caso il legatario universale non è obbligato a domandare il rilascio agli altri parenti del testatore; tutto il ragionamento di Duranton è fondato sull'errore di considerare a titolo universale il legato fatto dal minore, che non può disporre che della metà de' beni. No, il legato fatto dal minore della metà de'beni che la legge gli permette di disporre è un legato universale, e non già a titolo universale, come crede Duranton, per la ragione che il legato della *quota disponibile* è universale, come osservammo nella nota precedente, e l'art. 964 dichiara legato a titolo universale quello di una *quota parte de'* beni disponibili: la stessa cosa ripete l'art. 967. Laonde, il legato fatto dal minore, da'beni che la legge gli permette di disporre è universale, perchè comprende la universalità della quota disponibile, e per conseguente il legatario si trova nel caso dall'articolo 932.

Sul secondo caso proposto da Duranton, osserviamo ch'è mena una eccezione all'art. 932, che una conseguenza diretta della incapacità del figlio naturale a ricevere dal padre per testamento più di quello che la legge gli accorda, art. 674 e 824.

In quanto a'frutti—Egli è chiaro, che non esistendo eredi della riserva, il legatario che è impossessato di pieno dritto, à i frutti dal dì della successione. Ma se vi sono eredi della riserva, l'art. 931 distingue il caso in cui la domanda di rilascio viene fatta nell'anno dal dì dell'apertura della successione, o dopo. Nel primo caso, il legatario à dritto a'frutti dal dì della morte, e si applica la massima, che l'eredità si aumenta di ciò è prodotto: *etenim hereditas fructibus augetur*. Nel secondo caso, si rientra nella regola che il possessore di buona fede fa suoi i frutti, art. 474 e 475. Questa generale disposizione e distinzione dell' art. 931 riguarda anche il caso in cui vi sia il legatario universale dell'usufrutto. Questa proposizione è per altro controvertita, come fu esaminato nel t. 1, p. 172, nota 5.

È a notarsi, che la domanda del rilascio del legato fatta nell'anno obbliga l'erede della riserva a restituire i frutti al legatario universale dal dì della morte del testatore, quante volte l'eredità sia posseduta dall'erede della riserva, contro il quale è diretta la domanda di rilascio; ma, se l'eredità si trovasse posseduta da un erede *putativo*, i frutti sarebbero dovuti al legatario, come all'erede della riserva, dal dì della domanda contro il possessore dell'eredità: art. 144 e 474; t. 1, p. 145, nota 2.

V. l'art. 895, ll. ec., e 993, 994, 995 p. c.

testamento sarà aperto, se è sigillato. Il giudice stenderà processo verbale della presentazione, dell'apertura e dello stato del testamento, di cui ordinerà il deposito presso un notajo da lui destinato (1).

(1) I legatari fanno conoscere il loro dritto, mediante la esibizione del testamento. Gli art. 933 e 934 ànno adunque per oggetto di far conoscere i mezzi per procedere all'esecuzione del testamento ed all'invio in possesso, e per trattare questa materia sotto tutt'i punti di veduta, comenteremo complessivamante gli art. 933 e 934, suddividendo questa nota in tre §. Nel primo tratteremo i caratteri e gli effetti del testamento olografo, non che le formalità da adempiersi per l'esecuzione. Nel secondo discuteremo le formalità da adempiersi per l'esecuzione del testamento mistico, e le quistioni che possono nascere per la inosservanza di queste formalità. Nel terzo esamineremo l'oggetto dell'ordinanza d'immissiene in possesso necessaria pel legatario universale che ripete il suo dritto da un testamento olografe o mistico, e le quistioni che possono insorgere sulla immissiene in possesso.

I.

Caratteri del testamento olografo, formalità da adempiersi per la sua esecuzione, ed effetti che produce.

I. *Caratteri del testamento olografo*—A quanto abbiamo esposto nella nota 1, pag. 9 e seg., sul testamento olografo, qui aggiungiamo che il testament'olografo per sua natura non è che un atto privato, nè à il carattere di autenticità; donde consegue, che allorchè non è riconosciuto dall'erede *ab intestato*, obbliga colui che vuole avvalersene a farne la verificazione, art. 1277, senza che l'altra parte sia obbligata d'inscriversi in falso. Questo principio che risulta letteralmente dall'art. 925, è insegnato da tutti gli autori. Pothier, *des donat. testam.* cap. 1, art. 2, § 3; Toullier, t. 5, n. 502; Grenier, n. 292; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 188; Merlin, addizioni alla v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 6, n.° 1; Duranton, t. 9, n. 46 e 47. Cass. di Parigi, 13 novembre 1816, in Merlin, ibid. Arresto della corte Suprema di Napoli del 15 gennajo 1831 (causa *de Luise*, *Serio* ed *Angelini*).

Ma se il testamento olografo era stato depositato dal testatore presso un notaio, che ne avea disteso l'atto di deposito, il testamento è, secondo Grenier n. 292 e Duranton t. 9 n. 45, divenuto autentico, e non à bisogno più di esser verificato. Questa proposizione è contraddetta da Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.* c. 6, sez. 3, art. 5, per la ragione che il deposito del testamento olografo presso un notaio à l'unico scopo di assicurarne la conservazione; non è desso l'uffiziale pubblico che attesta l'esistenza del testamento: egli è perfettamente estraneo rispetto al medesimo: nel solo atto testamentario, e non già nell'atto di deposito e di ricognizione, potrà vedersi se la carta presentata al notaio come testamento, fosse in realtà scritta, datata e sottoscritta dal dichiarante.

II. *Formalità da adempiersi per l'esecuzione del testamento olografo*—Essendo il testamento olografo una scrittura privata, non può produrre effetto da sè stesso. La legge perciò nel primo comma dell'art. 933 à stabilite le formalità da adempiersi per mandarsi ad esecuzione dal legatario. Queste formalità sono: 1.° La presentazione del testamento al giudice del circondario del luogo in cui si è aperta la successione: 2.° Il processo verbale di apertura del testamento, quale processo verbale à per oggetto di constatare lo stato materiale del testamento: 3.° Il deposito che il giudice ne ordinerà presso un notaio, da cui saranno rilasciate le copie (*).

L'inosservanza delle formalità prescritte per la presentazione ed apertura del testamento olografo, non produce la nullità dell'atto, perchè la legge non l'à pronunziata, nè vi sarebbe ragione a dichiarare la nullità, quando le formalità sono unicamente dirette ad assicurare lo stato del testamento. L'apertura del testamento fatta da un giudice incompetente, neanche sarebbe causa di nullità. L. 23. C. *de testamentis*; Grenier, n. 290; Merlin, addizioni alla v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 5, n.° II. Decisioni in Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.*, c. 6, sez. 3, art. 6 (**).

(*) Con rescritto de' 16 novembre 1834, si dispose:
1.° Che il notaio non debba distendere atto di deposito del testamento olografo o mistico che gli consegna il giudice per conservarlo, bastando che alleghi a' suoi atti la copia del verbale fatto dal giudice stesso, in cui ne ordina il deposito presso di lui, ed il testamento nel verbale stesso indicato. 2.° Che per memoria debbonsi riportare ne' repertori de' notai i testamenti olografi o mistici che loro sono dati a conservare dal giudice. 3.° che i testamenti mistici si debbano registrare nel libro degli atti autentici, e che nel libro degli atti privati si debbano registrare i testamenti olografi.
(**) È utile sul proposito trascrivere la Ministeriale de' 23 febbrajo 1839 così concepita:

Se il testamento è in forma mistica, la sua presentazione, l'apertura, la descrizione e 'l deposito si faranno nella stessa maniera: ma l'apertura non potrà farsi se non in presenza, o almeno dopo la chiamata di quei notaj e testimonj che segnarono l'atto di soprascrizione, e che si troveranno nel luogo.

Effetti del testamento olografo.—Adempita alla formalità dell' apertura del testamento olografo ed al deposito presso un notaio, il legatario universale con la copia legale che si fa estrarre à dritto di convenire l'erede della riserva, a rilasciargli i beni che costituiscono il legato universale. Il legatario a titolo universale o a titolo particolare agiscono contro il legatario universale pel conseguimento del rispettivo legato, art. 965 e 968.

Vedremo nel § 3, p. 68, che se il defonto non lascia eredi della riserva, così che il legatario universale è impossessato di pieno dritto della successione a' termini dell'art. 932, il testament' olografo non può mandarsi ad esecuzione, che in seguito di un'ordinanza di invio in possesso.

Ma, se l'erede del sangue non riconosce il testamento olografo, la pruova delle verificazione è a carico del legatario universale, perciocchè deve colui che domanda l'esecuzione del titolo impugnato, provare che il testamento che presenta è vero. Grenier, n. 292, 4.°; Toullier, 5, n. 502; Carré, sull'art. 193 p. c. (280); Duranton, t. 9, n. 46.

Vi è importanto divergenza di opinioni, se la pruova spetta all'erede del sangue, o al legatario, quando questi à ottenuto l'ordinanza d'immissione in possesso. Sostengono di doversi in questo caso fare la pruova dall'erede del sangue, Grenier, n. 292, Toullier, t. 5, n. 503, Duranton, t. 9, n. 46, ed in questo senso furono profferite molte decisioni riferite da Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.*, c. 6, sez. 3, § 5, ed altre decisioni posteriori, della Cass. di Parigi a' 28 dicembre 1824, Sirey, 25, 1, 158; de' 10 agosto 1825, Sirey, 26, 1, 117; de' 16 giugno 1830, Sirey, 30, 1, 333; della corte di Poitiers de' 22 gennajo 1828, Sirey, 30, 2, 90; della Corte di Tolosa, 12 novembre 1829, Sirey, 30, 2, 106—La dottrina contraria sostenuta da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 188, da Merlin nelle *addizioni* al rep., v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 6, n. V, e da Dalloz ibid. sembra preferibile, perciocchè l'ordinanza d'immissione in possesso non cangia la natura del testamento olografo, nè può pregiudicare in modo alcuno al principio relativo alla pruova. Vedi in quanto al possesso, la p. 69 in fine e 70.

« Giusta l'art. 933 ll. cc. la esibizione, l'apertura del testamento olografo o in forma mistica debbono aver luogo presso il giudice di circondario, in cui si è aperta la successione. Da ciò il dubbio, se la disposizione, di che trattasi, possa e debba ritenersi in termini affatto esclusivi della competenza di ogni altro giudice di circondario. All' uopo si è osservato, che la garantia della legge alle disposizioni de' defonti è particolarmente nel rispetto al dritto di proprietà: che così ogni dubbio possa insorgere sull' oggetto, debb' essere risoluto in modo, che questa garantia rimanga assicurata, non che contraddetta; che se il testamento di alcuno trovandosi in sito disparato dal suo domicilio dovesse sempre ed in ogni caso pe' correlativi adempimenti adirsi il giudice di circondario del domicilio, potrebbe talora rischiarsi, come è facile presentire, di compromettere la esistenza, o la inalterabilità del testamento istesso, come per accidente fortuito, o per l'altrui malizia nel corso del viaggio: che nella specie di testamento in forma mistica dee prendersi ancora in considerazione la necessità di chiamare altrove il notaio ed i testimoni, locchè quando vi abbia grande distanza, a prescindere da un maggiore dispendio, potrebbe in alcun caso far mancare il ministero notariale, ch'è di pubblico interesse nel comune fissato al notaio per la sua residenza: che per l'art. 995 p. c. è dato in generale al giudice di Circondario che procede all' apposiziona de' sigilli verificare lo stato del testamento, che si ritrovi, ed ordinarne il deposito presso un notaio, senza che per ciò occorresse alcun rinvio: che cotesta apposiziona non avviene nel solo domicilio del defunto: che così ravvicinando tra loro l'art. 933 ll. cc. e l'art. 995 p. c., è chiaro che il precetto compreso nel primo di questi articoli non sia assoluto: che d'altronde la legge non può e non dee provvedere che a' casi ordinari: che la morte di alcuno fuori il suo domicilio non è nella serie degli avvenimenti ordinari della vita, per lo motivo soprattutto, che per le affezioni del cuore umano ciascuno non può avere che grandissima premura a non lasciare il luogo ove è la somma delle sue cose: che poi non sempre può essere interamente esplicito, se il domicilio del defunto sia piuttosto in un luogo, che in un altro: che nell'intelligenza vuolsi dare all'art. 933 ll. cc. avrebbe prima a definirsi in linea di quistione pregiudiziale quale fosse il domicilio del defunto, locchè sarebbe non uniforme a' precetti della legge, e seco trarrebbe gravissimi inconvenienti: che non s'incorra certamente in nullità di atto, se l'esibizione, l'apertura ec. del testamento avvengono presso un giudice diverso da quello del domicilio del defunto: che perciò non vi à luogo ad incompetenza assoluta: che la l. 23 C. *de test. ord.* avvalora sempreppiù queste idee: che però non debb' essere alla discrezione delle parti adira senza legittimi motivi un giudice diverso da quello del domicilio del defunto: che così per lo principio notissimo che ciascuno funzionario dee concorrere alla esatta esecuzione delle legge, un giudice di circondario che fosse irregolarmente adito, dee ricusare il suo ministero ».

V. l'art. 526.

934. Nel caso dell'articolo 932, se il testamento è olografo o mistico, l'erede instituito o il legatario universale sarà tenuto di farsi immettere nel

---

II.

Formalità da adempiersi per l'esecuzione del testamento mistico, e quistioni che possono nascere per l'inosservanza di queste formalità.

I. La pruova di un testamento fatto nella forma mistica ricavandosi dall'atto di soprascrisione, il secondo comma dell'art. 933 prescrive, che il giudice di circondario del luogo in cui si è aperta la successione, debba procedere all'apertura del testamento mistico in presenza del notaio e da'testimoni che segnarono l'atto di soprascrizione; e questa formalità à per oggetto, che il notaio ed i testimoni riconoscessero le loro firme, ed attestassero se l'atto di soprascrizione è stato o pur no alterato. Così disponevan pure le l. 4 e 5 ff. *testam. quemad. aper.*

La l. 7, ff. *testam. quemad. aper.* prevedendo il caso dell'impedimento di taluni testimoni a comparire innanzi al giudice, disponevo che il testamento dovesse mandarsi nel luogo dove stassero, per eseguirsi la verificazione; ma nel nostro antico foro prevalse la pratica di citarsi dal giudica il testimone altrove dimorante, perchà comparisse nel luogo di suo residenza. Le leggi attuali non esigono, che *la chiamata di que' testimoni che si trovano nel luogo* in cui si apre il testamento mistico, e per conseguente il giudica non potrebbe esigere, che un testimone che dimorasse in altro luogo, fosse costretto a presentarsi nel luogo di sua residenza.

Se s'ignorosse il domicilio di taluni testimoni, potrebbe il testamento aprirsi anche senza di essere stati essi citati; l. 6, ff. *quemad. testam. aper.*

Se poi tutt'i testimoni si trovassero morti o assenti, il giudice prima di aprire il testamento potrebbe far citare alcune persone probe, che conoscessero le firme de'testimoni, e dopo la ricognizione che facessero delle sottoscrizioni e dallo stato de'sigilli, aprire il testamento; l. 7, ff. *testam. quemad. aper.*

Procedutosi all'apertura del testomento mistico, il giudice di circondario dee ordinarne il deposito presso un notaio; a niun altro pubblico funzionario potrebbe affidarsene il deposito. Ma potrebbe il giudice ordinare, che il testamento fosse depositato presso un notaio diverso da quello che l'à ricevuto? La legge nol viata, ma la circolare del di 11 giugno 1831 saviamente dichiaro, che pel deposito de' testamenti mistici la scelta del notaio non debba essere arbitraria, dovendosi rispettare il giudisio del testatore per norma generale. A questa regole, soggiunge la circolare, si può fare eccezione per giuste cause, come a ragion di esempio, per depositarsi il testamento mistico nel luogo dell'apertura della successione, nel caso si trovasse consegnato ad un notaio che non abbia ivi la residenza.

II. Convien esaminare, se l'inosservanza delle formalità prescritte per la presentazione, aperturo e deposito del testamento mistico, renda il testamento improduttivo di effetto. Con la l. 18, C. *de testamentis* gl'imperadori Arcadio ed Onorio disposcro, che l'apertura del testamento fatto da un giudice incompetente rendeva nulle le disposizioni; ma Giustiniano riformò con le legge 23 dello stesso titolo questa giurisprudenza, e volle che un giudice che senza ottribuzione aprive le tavole testamentarie, si punisse con un'ammenda di 50 lire, ma il testamento dovea conservaro tutto la sua efficacia, per la ragione, *nec enim concedendum est, ut suprema vota deficientium eversionis quicquam ex incongrua insinuatione, contrahant, dum res ab incongruis usurpatur audacter.*

La legge adunque di Giustiniano non risolveva altro, che la incompetenza del giudice non produceva la nullità dell'apertura e della pubblicazione del testamento; ma non risolveva punto la quistione degli effetti dell' aperturo del testamento fatta di privata autorità. Su di ciò l'antico patrio dritto presentava le più serio difficoltà. Il Presidente de Franchis, *decis. 429* stabilivo, riferendo anche uno decisione del sacro Consiglio, che la mancanza dello solennità richieste dolla legge per l'apertura del testamento mistico rendeva nullò il testamento medesimo. Questa dottrina fu vivamente impugnata da Rovito, *decis.* 95 e dal reggente de Moriuis, *Resol. Iuris*, c. 227, lib. 2; ma il canonico de Luca nelle pregevoli osservazioni alla decis. 429 di de Franchis imprese non vasta erudizione a sostenere con talune modificazioni lo dottrina del suo Presidente.

Quid juris sotto l'impero delle leggi attuali? L'osservanza dolle formalità stabilite dall'art. 933 per l'apertura de' testamenti mistici non è prescritto o pena di nullità; ma è pur vero, che queste solennità sono stato stobilite per oggetto di grave interesse, quello cioè di assicurare lo stato dell'atto di soprascrizione, come una maggior garontia della volontà del testatore. Quindi secondo i diversi casi che possono prescutarsi, la ragione e lo

possesso con una ordinanza del giudice del circondario stesa appiè della istanza, cui sarà unito l'atto del deposito.

---

scopo dell'art. 933, fan decidere, se l'apertura del testamento mistico fatta di privata autorità rende nullo il testamento. Or cinque casi possono presentarsi: 1.° O il testamento è stato aperto dal testatore o da un terzo per suo ordine; 2.° O è stato aperto dall'erede *ab intestato*; 3.° O l'apertura è stata fatta in presenza di tutte le parti interessate; 4.° O l'apertura è stata fatta da un terzo; 5.° O è stata fatta dal legatario universale.

Nel primo caso bisogna distinguere, se la lacerazione dell'involto, la rottura de' suggelli fatta dal testatore, che per l'art. 33 della legge *sul notariato* poteva ritirare dal notaio il testamento mistico, sia avvenuto per effetto della sua volontà, o per caso fortuito. Nel primo caso l'apertura del testamento mistico ne produce la nullità (*), poichè si presume che il testatore à inteso rivocare la sua volontà. *Si signa turbata sint ab ipso testatore, non videtur signatum*, dice il § 3 della l. 23 ff. *qui testam. facere poss. Si linum* (cioè il pannolino dov'eran avvolte le tavole testamentarie, od impressi i segni de' testimoni) *quo ligatae sunt tabulae, incisum sit: si quidem alius contra voluntatem testatoris inciderit, bonorum possessio peti potest: QUOD SI IPSE TESTATOR ID FECERIT, non videntur signatae; ut ideo bonorum possessio peti non potest;* l. 1, § 10, ff. *de bonorum poss. secundum tabulas*. Tanto ripete altresì la l. 30, C. *de testamentis*.—Se poi l'involto è stato aperto ed i suggelli rotti per inavvertenza o per caso fortuito, il testamento dovrà valere, non sorgendo alcun dubbio sulla sua identità, quando cioè è stato scritto sulla stessa carta al cui dorso è stato formato l'atto di soprascrizione; ma se fosse impossibile di provare la identità del testamento, la volontà del testatore restando incerta, non potrebbe avere la sua esecuzione; l. 1, § 11 ff. *de bon. poss. secundum tabulas*. Voet, *ad pandectas*, lib. 28, tit. 5, n. 2; Toullier, t. 5, n. 665.

Nel secondo caso, la via di fatto adoperata dall'erede *ab intestato* non potrebbe certamente recare il minimo pregiudizio alla validità del testamento. Imperciocchè le formalità testamentarie sono stabilite nell'interesse dell'erede *ab intestato* (v. la nota 3, alla p. 48) e per assicurare la volontà del defunto; donde consegue che *factum suum nemo recte impugnat*, l. *post mortem* 24, ff. *de adopt.*, e la condizione dell'adempimento delle formalità testamentarie reputasi adempita, arg. dell'art. 1131.

Nel terzo caso, quando cioè l'apertura del testamento mistico si fa di privata autorità col consenso di tutte le parti interessate, debb'egualmente decidersi che il testamento produce tutto il suo effetto. Il consenso dell'erede *ab intestato* fa presumere ch'egli abbia riconosciuto la validità del testamento, o come potrebbe poscia, contro il proprio fatto, impugnarlo di nullità? Se le nullità stabilite per l'osservanza delle formalità testamentarie sono nell'esclusivo interesse dell'erede *ab intestato*, il quale può rinunciarvi tacitamente (nota 3 alla pag. 48), a più forte ragione il consenso dell'erede *ab intestato* nella apertura di privata autorità del testamento, lo rende inammessibile a provocare la nullità per l'inosservanza di formalità non richieste espressamente a pena di nullità.

Nel quarto caso, l'apertura del testamento fatta da un terzo di privata autorità, non può recar pregiudizio al legatario. Niuno può esser risponsabile del fatto di un terzo, o come dice Gotofredo sul § 1, della l. 1, ff. *de his quae in testam. delent.*, *incaute factum, pro non facto habetur*. Ma si può provare, che siasi sostituito un testamento ad un altro, quando trovasi l'atto di soprascrizione scritto su di una carta diversa dall'atto testamentario. Sembra che la pruova dovesse farsi da chi sostiene la sostituzione, *actori incumbit onus probandi*. Il legatario à per se la presunzione della legge, ed è regola di dritto che, *probationibus evidentissimis utendum est adversum eum qui pro se praesumtionem juris habet*.

Nel quinto caso, quando cioè l'apertura del testamento si fa dal legatario universale, sembra con Merlin, rep., v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 5, doversi fare una distinzione, di già stabilita nel nostro antico foro da molti giureconsulti, come riferisce il canonico Carlantonio de Luca nelle osservazioni, n. 3, alla decis. 429 di de Franchis. Se l'atto di soprascrizione trovasi scritto sulla carta medesima che contiene le disposizioni testamentarie, in questo caso essendo impossibile la sostituzione di un testamento ad un altro, l'irregolarità dell'apertura non può avere alcuna influenza sulla validità del testamento che riunisce tutte le formalità prescritte per la sua validità. Nel caso poi, che l'atto di soprascrizione trovasi scritto sulla carta che serve d'involto al testamento, in questo caso manca pel fatto del legatario la pruova legale della identità del testamento, ed in conseguenza la giustizia essendo nella impossibilità di assicurarsi, se il testamento presentato è veramente quello che il testatore consegnò al notaio ed a' testimoni, il legatario deve risentire la pena

---

(*) Ammene che il testamento non riunisca i caratteri dell'olografo, nel qual caso conserva la sua forza. Toullier, t. 5, n. 664. Vedi la nota alla pag. 43 in fine, 44 e 45.

935. Il legatario universale o l'erede istituito che concorrerà con un erede

del suo fallo, dichiarandosi inefficace il testamento. Il sistema contrario darebbe luogo a mille inconvenienti, armerebbe impunemente la mano degli audaci, che trastullandosi delle formalità prescritte per assicurare l'identità del testamento, aprirebbero i testamenti, sostituendo una carta ad un oltra.

III. *Funzioni del giudice di circondario nell'apertura del testamento mistico o olografo* — Il giudice di circondario nell'apertura e nella descrizione dello stato del testamento olografo o mistico, e nell'ordinanza del deposito del testamento presso un notaio, non esercita che un atto di giurisdizione volontaria. Secondo molti giureconsulti vi sono due specie di giurisdizione volontaria: una è quella per la quale vuolsi l'autorità del magistrato, per rendere l'atto solenne, non per conoscerne, permetterlo, o negarlo, come la emancipazione. Altri atti vogliono dippiù *causae cognitionem*, *et decretum magistratus*, come la transazione, la vendita de' beni del minore ec.: Vinnio *de jurisdict.*, cap. 6; Gentile *de jurisdict.*, l. 1, c. 18, 19 e 20; Donello *juris civilis*, l. 17, c. 8 *ex* n. 8. Altri giureconsulti sono di opinione, che nella giurisdizione volontaria il giudice esercita un ministero puramente passivo, e negli atti, per la solennità de' quali occorre cognizione di causa, il giudice esercita giurisdizione contenziosa. Voet, *ad pandectas*, tit. *de jurisdict.*, n. 3 e 4; Pothier *pand. Justinianeae* de jerisdict. ex n. 8.; Hubero *de jurisdict.*, n. 6.

Che che ne sia di questa distinzione, egli è importanto il conoscere, se il giudice di circondario nell'atto di apertura, descrizione dello stato del testamento mistico o olografo, ed ordinanza di deposito presso un notaio, esercita un atto di giurisdizione volontaria nello stretto senso, ossia presta il suo ministero passivo; o pure può con cognizione di causa negare l'apertura del testamento ed il deposito presso un notaio. Secondo Voet, nel luogo citato, l'apertura del testamento è quasi un atto di giurisdizione contenziosa, perchè il giudice non può senza cognizione di causa aprire il testamento, e per conseguenza può anche rifiutarsi a questo atto. Ma questa dottrina è stata confutata da Merlin, rep., addizioni alla v. *testament*, sez. 2, § 4 art. 5, perciocchè non saprebbe immaginarsi altro motivo di rifiuto, che i vizii apparenti dell'atto, e secondo le stesse leggi romane (*) il testamento il più inferme essendo assimilato al testamento regolare, consegue, che le irregolarità più apparenti non potrebbero autorizzare il giudice a rifiutare l'apertura, la descrizione e l'ordinanza di deposito del testamento presso un notaio.

Vedremo or ora, se debba dirsi lo stesso, quando il legatario universale chiede l'ordinanza d'immissione in possesso.

III.

Ordinanza d'immissione in possesso.

I. *Oggetto dell'ordinanza d'immissione* — Depositato il testamento olografo o mistico presso il notaio destinato dal giudice di circondario che à proceduto all'apertura del testamento medesimo, il legatario universale, quando il defunto à lasciato discendenti o ascendenti, non deve fare altro che prender copia legale del testamento, ed intimarla all'erede della riserva pel rilascio de' beni di cui il testatore à disposto. Ma quando il legatario universale è impossessato di pieno dritto di tutt'i beni della successione, per non aver il testatore lasciato eredi aventi dritto alla riserva, il legislatore à preso delle precauzioni per rivestire di forza esecutiva quel titolo di cui è portatore il legatario universale. Bisogna quindi distinguere le diverse specie di testamenti. Il legatario che à un testamento pubblico non è obbligato ad alcuna precauzione giudiziaria. Il testamento viene eseguito con la copia esecutiva rilasciata dal notaio: Jaubert, *rapporto al tribunato*, in Locré, 5, p. 358, n. 63; Toullier, t. 5, n. 566. Ma quando il testamento è olografo o mistico, il legatario non può da sè mandarlo ad esecuzione, perciocchè il dritto di conferire a' testamenti l'esecuzione parata non appartiene che al potere giudiziario. Ecco perchè l'art. 934 prescrive, che nel caso del testamento mistico o olografo, il legatario universale impossessato di pieno dritto nel caso dell'art. 932, non può mandare ad esecuzione il testamento, che dopo di aver ottenuto dal giudice di circondario un'ordinanza d'immissione in possesso.

II. *Funzioni del giudice di circondario nel rilasciare l'ordinanza d'immissione in possesso* — Dicemmo nel principio di questa pag., che, il giudice di circondario, chiamato

(*) Testamentum autem proprie illud dicitur, quod jure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel injusta, vel irrita, vel rupta: itaque imperfecta solemus testamenta dicere; l. 2, § 1, ff. testamenta quemad. aperiant.

cui la legge riserva una quota de'beni, sarà tenuto a'debiti e pesi dell'ere-

---

ad aprire il testamento olografo o mistico, non esercita che un atto di giurisdizione puramente volontaria, nè può per qualsivoglia motivo rifiutarne l'apertura e'l deposito presso un notaio. Debbe dirsi lo stesso per l'ordinanza d'immissione in possesso? Ascoltiamo Merlin, nelle addizioni alla v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 5.

« Allorchè il legatario universale richiede un'ordinanza d'immissione in possesso dei
» beni del testatore, trattasi di un atto più serio e che deve avere degli effetti importanti.
» Il Presidente del tribunale di prima istanza (presso di noi il giudice di circondario)
» deve dunque mettervi più attenzione, e non accordare, senza cognizione di causa, ciò
» che gli si domanda.

» Così, è nel suo dovere di esaminare, dal primo momento, se l'atto di cui gli si esi-
» bisce la spedizione, presenta, nella sua forma esteriore, il carattere apparente di una
» disposizione olografa; in seguito, se è notorio, che il testatore non abbia lasciato di-
» scendenti o ascendenti; in fine, se l'individuo che si annuncia come legatario univer-
» sale, non offre, nella sua maniera di esistere, delle ragioni da temere una supposizio-
» ne del testamento; e se vi sono de'dubbi gravi sull'uno o sull'altro punto, deve rinvia-
» re il petizionario a provvedersi all'udienza, facendo chiamare l'erede *ab intestato*. Ciò
» è che risulta, come si vedrà, da'motivi di un arresto della Corte di Rouen; e si vedrà
» nell'articolo seguente, n. 4, un arresto della Corte di Cassazione ch'è motivato nello
» stesso modo.

» Ma là deve limitarsi l'esame del Presidente. Andare più in là, sarebbe dalla sua par-
» te, un abuso di potere; ed ecco un arresto che à giudicato così formalmente (*) :

» *Considerando che il ravvicinamento degli articoli 1006 e 1008 (932 e 934) prova*
» *che l'ordinanza che il Presidente* (giudice *di* circondario) *è incaricato di accordare*
» *per l'artic. 1008 (934), è un atto puramente ministeriale, produce l'effetto di ren-*
» *dere esecutorio il testamento olografo, di cui l'atto di deposito gli è presentato, come*
» *lo sarebbe, se fosse stato fatto davanti notaio; che la legge, è vero, non à voluto che*
» *il magistrato rivesta uno straccio del suggello dell'autorità pubblica, ciò è, perchè, è nel*
» *suo dovere di esaminare la forma estrinseca dell'atto, e rifiutargli ogni sanzione, se*
» *non à alcuno degli attributi che debbono caratterizzarlo; deve anche ricercare, se il*
» *petizionario à un domicilio conosciuto, e goda di una moralità che garantisca, che il te-*
» *stamento ch'egli presenta non è un atto supposto per favorire uno spoglio; ma non può*
» *solo costituirsi giudice del valore intrinseco, nè pregiudicare cosa a questo riguardo;*
» *se l'atto di disposizione universale contiene delle nullità o illegalità sostanziali, appar-*
» *tiene all'erede provvedersi contro l'immissione in possesso, con opposizione all'ordinan-*
» *za del giudice, e per azione in nullità dell'atto, come si pratica nel caso dell'art. 1028*
» *(art. 1104) del codice di procedura civile.*

» *Considerando che la disposizione universale in esame à almeno i segni apparenti di*
» *un testamento olografo, e fatto da una persona celibe ch'essendo morto nell'età di 85*
» *anni, è presunto non aver lasciato nè ascendenti nè discendenti; ciò che, con gli altri*
» *indizi avuti sulla persona, dovea bastare al giudice per rendere, sulla presentazione*
» *dell'atto di deposito, l'ordinanza d'invio in possesso, conformemente all'art. 1008 (934);*
» *che invece di contenersi in questo limite, il giudice si è permesso di decidere sul fon-*
» *do del merito della disposizione, in seguito di che à rinviato il petizionario a provve-*
» *dersi in via di azione.*

» *Considerando che questo atto del giudice è meno un'ordinanza che un giudicato in-*
» *forme, ne' motivi del quale, per una contradizione parlante, egli comincia dallo scio-*
» *gliere la quistione contro la persona cui deferisce l'azione; che vi à in questo atto, ec-*
» *cesso di potere, contravvenzione all'art. 1008 (934), e confusione delle regole che*
» *distinguono le ordinanze di semplice esecuzione con i giudizi* ».

III. *Controversie in quanto al possesso, dopo l'ordinanza d'immissione*—Dopo l'ordinanza d'immissione in possesso, ànno gli eredi *ab intestato* il dritto di opporsi, impugnando la validità del testamento; ed allora il giudice a chi concederà il possesso provvisorio? Ascoltiamo le leggi romane. Esse ci dicono che, se l'erede legittimo impugna il testamento per un vizio di forma *estrinseca*, il giudice sarà libero di accordare il possesso provvisorio, sia all'erede legittimo, sia all'erede instituito, secondo che il dritto dell'uno o dell'altro gli sembrerà il più chiaro; l. 3, *C. de ed cto divi Adriani tollendo*. Ma se non evvi un vizio appa-

---

(*) Riformando un'ordinanza di un Presidente, cui essendosi presentato un testamento olografo di un celibe morto nell'età di 85 anni, negò l'ordinanza d'immissione in possesso al legatario universale, pel motivo che l'atto testamentario presentava de'dubbi sulla validità, a che non era giustificato da essere il testatore morto senza eredi della riserva.

V. gli art. 337, 792, 794, 795, 796, 966, 1173.

dità, personalmente per la sua quota e porzione, ed ipotecariamente pel tutto: e sarà tenuto a soddisfare tutti i legati, salvo il caso di riduzione, siccome è stato dichiarato negli articoli 843 e 844 (1).

---

reate di forme, dice la legge 2 dello stesso titolo, se il testamento sembra rivostito di tutte le solennità estrinsecha, se l'erede legittimo oon l'impugna che per la preterizione, l'incapocità o qualche altro vizio intriaseco, il giudice ia tal caso non è più arbitro, la leggo gli comauda di ordinaro l'esecuzione provvisoria dot tostomento, di mattera provvisoriamente l'erede instituito nel possesso dell'eredità. Il motivo di questa distinzione (osserva Merlin, question do droit, v. *legataire* § 2, seguito da Toullier, t. 5, n. 498 e 499) ce lo indica il buon senso. Allorchè s'impugna ua testameuto per un vizio di forma estrinseca, la volontà del testatore è iacerta, poichè è incerto se sieasi osservote le formalità che possono solo dimastrare questa volontà agli occhi della leggo. È perciò che la legge, invece di ordinaro al giudice di accordare il possesso provvisorio all'oreda instituito, lo lascis in libertà di accordarlo, sia all'erede instituito, sia all'eredo legittimo, secondo cho il vizio di forma è più o meno apparento. Ma quando non àvvi vernu vizio di norma estrinseca nel testamenta, la volontà del testatora è egualmente certa. La legge non ne richiede dippiù per l'esecuzione provvisoria del testamoato, *disponat testator, et erit lex*. Si à un bel dire cho sonovi delle ineapacità: vuolo la leggo cha il giudico si attenga provvisoriamonte al titolo, fino a taato che si esamini, se il testatore o l'erede sono incapaci di testar l'uao, di ereditar l'altro. La ragione è cho àvvi una volontà certa, a fronte di un'incapacità allegata; cho l'incapacità di testare o di succedere nan è una qualità naturale dell' nomo; ch'è questa una qualità accideatole, la quale per conseguente, noa può essero presunta;che deesi dunquo supporre che il testatore abbia avuta la facoltà di testare, e che l'erede abbia quella di succedore, sino o che siasi adottata una pruova chiara ed incontrastabile dell'incapacità dell'uno o dell'altro.

IV. Ci rimane in fine ad esaminare, a chi spetta il possesso provvisorio, quando invece di impugnorsi di nullità il testamento, viene arguito di falso, o si dichiara di non riconoscerlo. Bisogna far distinzione tra il testamento mistico e'l testamonto olografo.

Il testamento mistico essendo un atto autentico (vedi la p.35,n.IV.),non può l'erede *ab intestato* dichiarare di non riconoscerlo, ma devo impugnarlo di falso. Impugnato di falso principale non può sospenderseae l'oseeuzione, che dopo ammessa l'accusa, o nel caso di falso incidente civile, i giudici passono sospendore l'esocuzione secondo lo circostanze, art. 1273. Merlin, rep., oddizioni allo v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 6; Toullier, t. 5. n. 501.

Nel caso che venga impugnato di falso il testamento olografo, o pure si dichiara di non riconoscere (il che si può fare ancho dopo cho l'eredo instituito à ottenuto l'ordinanza di immissiono in possesso, come à chiaramento dimostrato Merlin, rep. addizioni alla v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 6) il sig. Toullier, t. 5, n. 503, sostiene cho l'erede istituito, immessa iu possesso in virtù dell'art. 934, non può essere spogliato dol possesso par la eccezione dell'erede *ab intestato* di noa riconoscere il testamento: l'oreda instituito, secondo Toullier, à un titolo dichiorato esecutivo, e non può perdere la sua prerogativa, se non quando viene annulloto. Questa dottrina è stata censurata da tutt'i dottori, e dalle corti non è stata seguita. Niuno differenza in effetti tra l'ordinonza del deposito del testamento olografo presso di un notaio, o l'ordinanza d'invio in possesso de'beni dol defunto. Questa è, como quolla, renduta, senza che l'erede *ab intestato* sia inteso e chiamato; la secooda non può dunquo più dello primo apportare la menoma derogazione oll'applicazione della regola generale, la qualo esige, che il legatario universale sia obbligato della verificazione della scrittura e della sottoscrizione non riconosciuta dall'eredo *ab intestato* Merlin, rep., addizioni alla v. *testament*, sez. 2, § 4, art. 6, n. 5 e le decisioni cho cita; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 188; Boncenno, *teoria della proc.* civ. *comm.* art. 193, cap. 15, tom. 2; Arresti dello Cass. di Parigi degli 11 novombre 1829, *Journal du Palais*, t. 22, p. 1495 a 1499; della Corte di Bourges, de'24 aprile 1827, t. 21, p. 322; della Corte di Caen, ai 13 novembro 1827, t. 21, p. 862; della Corto di Montpellier, de'19 luglio 1827, t. 25, p. 637; della Corte di Bordeaux, de'6 aprile 1832, t. 24, p. 947; della Corte di Parigi, do'10 marzo 1834, t. 26, p. 271; della Corte di Lione, de'12 marzo 1839, t. 1 del 1840, pag. 51.—Decisioni della Corte Suprema di Napoli del 15 gennaju 1831 (causa *Luise Serie, Angelini*); dolla Grau Corte civile di Napoli de'13 febbrojo 1843 (causa *Tramontano* o *Girace*).

(1) Le obbligazioni del legatario universale possono riferirsi al pagamento do'debiti ereditari,ed a quello de'legoti. Per ciò che riguarda il pagamento de'debiti, ne abbiamo diffusamente parlato nol tomo precedente, nota 3, alla pag. 337 e seg. Il legotario universalo che non accetta l'eredità col beneficio dell'invootario è tenuto al pagamento de'debiti *ultra vires hereditatis*. t. 1, pag. 301; nota 1.

SEZIONE V.

Della sostituzione volgare (1).

936. Può all'erede istituito, al donatario o al legatario sostituirsi una terza

---

In quanto al pagamento de'legati, l'erede della riserva non è tenuto a concorrervi, perciocchè la riserva non può esser gravata di peso alcuno, art. 831. L'obbligazione quindi di soddisfarli tutti è del solo legatario universale.

Quando in Roma i testatori abusavano delle facoltà illimitatamente loro accordate dalle leggi delle XII tavole, sovente avveniva che l'erede istituito era talmente gravato di legati, che non ritraeva alcun vantaggio dall'adizione fatta dell'eredità; ed è perciò che l'erede ripudiava e'l testamento sveniva, l. 120, ff. *de V. S.* Le leggi Furia e Voconia furon emanate per frenare la licenza de'testatori; ma pervenne più efficacemente allo scopo la legge *Falcidia*, così chiamata dal nome del Tribuno Publio Falcidio che l'emanò l'anno 714 di Roma. Tal legge stabilì che non si potesse disporre più de' tre quarti de'beni, e nel caso in cui il testatore avesse ecceduto siffatta quota, l'erede poteva ritenere sopra ciascun legato una porzione sufficiente a rinvertirsi della sua quarta; l. 1, princ. ff. *ad legem falcidiam*.

Il progetto del codice consacrava perfettamente la *falcidia*, ma il consiglio di Stato nelle discussioni dell'art. 926 (843) volle far prevalere il dritto consuetudinario, il quale non la riconosceva. Ascoltiamo il sig. Bigot-Préameneu. « Ne'paesi di dritto scritto l'ere-» de istituito era autorizzato a ritenere sotto il nome di *falcidia* il quarto della successio-» ne, scemando i legati, se eccedevano i tre quarti.

» I testamenti furon sempre considerati appresso i romani come cosa di dritto politico, » anzichè civile; e la legge prendeva ogni misura, acciocchè quest'atto di suprema magi-» stratura ricevesse la sua esecuzione. Essa presumeva sempre che il morto non volesse » morire *ab intestato*.

» Frattanto, allorchè il testatore avesse consumata in legati tutta la sua eredità, gli ere-» di istituiti non avevano più interesse di accettarla, l'istituzione diveniva caduca, e con » essa cadeva il testamento.

» Si presunse, che colui che istituiva un erede lo preferisse a de'semplici legatari, e l'ere-» de che si trovava caricato di legati al di là della successione fu autorizzato dalla legge, » che ottenne il tribuno Falcidio sotto il regno di Augusto, a ritenersi il quarto dell'e-» redità.

» Tale misura fu in seguito resa comune all'erede *ab intestato*, ed a quelli ancora che » aveano una legittima. Questo dritto fu stabilito dal decreto del 1735.

» Ne'paesi di costumanza, a profitto de'legatari universali non v'era simil uso di rite-» nere il quarto, anche nel caso che i beni lasciati dal testatore fossero tutti della catego-» ria di legati. La presunzione legale in que'paesi, era che i legati particolari contene-» vano l'espressione più positiva della volontà del testatore, di quello che il titolo di lega-» tari universali; questi eran obbligati di soddisfare tutt'i legati.

» Parve preferibile quest'ultima legislazione, non esistendo più i motivi che fecero intro-» durre la *quarta falcidia*. La legge col dichiarare che i legati particolari sono tutti sod-» disfatti dagli eredi istituiti o legatari universali, non lascerà più verun dubbio sull'inten-» zione che avessero avuta i testatori di preferire i legati particolari; e se succede il ca-» so che de'testatori ignorino abbastanza lo stato della loro fortuna per consumarla in le-» gati particolari, allorquando anch'essi istituissero un erede o nominassero un legatario » universale, la legge non dev'esser fatta per casi così straordinari ». Locré, t. 5, p. 331, n. 63.

Per ciò che riguarda la riduzione de'legati, siccome è stato dichiarato negli art. 843 e 844, vedi nel t. precedente la nota 3, alla pag. 408, e la nota 1, alla pag. 409.

(1) Nel codice francese non trovandosi la seziona presente, non deve conchiudersi che la teorica della *sostituzione volgare* era perfettamente omessa, o compresa nel divieto delle *sostituzioni fedecommessarie*. Appunto per allontanare questa falsa conseguenza, quel codice nell'art. 898, che formava il terzo del primo capitolo del titolo in disamina, espressamente statuiva: « non sarà considerata come sostituzione, e sarà valida la disposizione » colla quale una terza persona sia chiamata a conseguire la donazione, l'eredità od il le-» gato, nel caso in cui il donatario, l'erede od il legatario non la conseguissero. »

Ammessa adunque dal codice francese la sostituzione volgare, tutto ciò che riguardava le regole particolari di essa era un punto dottrinale, ed i principî della legislazione ro-

persona nel caso che alcuno di essi non conseguisse la eredità, la donazione o il legato. Questa disposizione vien della *sostituzione volgare* (1).

---

mana sulla materia eran applicabili in quanto non opponevansi alle teorie del codice. Il nostro legislatore à voluto, nel ritenere la sostituzioоe volgare, stabilire de' principi che possono servir di guida sicura nella risoluzioоe delle varie quistioni particolari, non che troncare delle difficoltà che la vecchia legislazione lasciava indecise. Se non che ci sembra, cbe la sezioоe esseodo collocata nel capitolo della *istituzione di erede*, l'è in loogo inopportuno, perciocchè la sostituzione valgare è permessa dalla legge non solo nella instituziono di erede, ma anche oo' legati particolari e nelle donasioni tra vivi. Per il che, secondo la sensata riflessione di Cujacio, nelle leggi essendo totto marcabile, bisogna non poco badare alla loro naturale posizione, e per consegueote l'ordine delle materie avrebbe richiesto, ehe la sezione in disamina dovea collocarsi nel capitolo primo, che contieno le disposizioni generali comuni a' legati ed alle donazioni.

Le sostituzioni furono io Roma immaginate, acciocchè quando I primi eredi abbandonassero l'eredità, l'adissero i secondi; e se questi rifiutassero per qualunque motivo di farne l'adizione, i terzi istituiti restassero eredi. Era ignominioso per la memoria di nn cittadino romano, ehe la sna eredità fosse ripudiata, ed anche i Principi tenevano scolpito questo sentimento di morire con un erede scritto. Così leggiamo in Svetonio, che Augustn istituì per suoi primi eredi Tiberio e Livia, per secondi Druso, Germanico o i figli di lui, e per terzi i suoi prossimi parenti, e molti suai amici.

Distioguevansi per dritto romano cinque specie di sostituzioni dirette; cioè, la *volgare*, la *pupillare*, l'*esemplare*, la *reciproca*, e la *compendiosa*. Parleremo delle sostituzioni *fedecommessarie* nella sezione seguente.

La sostitnzione *volgare* (così ebiamata, perchè di tntt'i casi pe'quali erano state introdotte le sostituzioni dirette, quello eh'essa avea per oggetto era il più ordinario) era quella per la quale nn testatore sostituiva nn erede qualuaque all'istituito, pel caso in cui quest'ultimo non fosse erede; l. 1, § 1, ff. *de vulg. et pupill. subst.*

La sostituzione *pupillare* era una disposizioоe con cni il padre faceva il testamento del sno figlio impubere, e gli nominava eredi, nel caso morisse prima di giungere alla pubertà: Inst. *de pupillari substitut.* I testamenti godevano in Roma uno speciale favore, a segno tale che con la sostitusione pupillare si derogava al principio che restringe a'nostri propri beni la facoltà di testare: questa derogasione non era dovuta ad alcuna legge, ma all'uso, *moribus introductum est*, dice la l. 2, ff. *de vulg. et pupil. subst.*

La sostituziono *esemplare*, così chiamata perchè introdotta ad esempio della pupillare, era una disposizione per effetto della quale nn padre o nna madre sostituiva a'figli o nipoti puberi che avessero la disgrazia di morire nello stato di furore o d'imbecillità. Pel dritto delle Pandette non era igoota questa specie di sostitozione, la quale per altro si usava raramente, e dopo di aver otteouto il permesso del Principe, l. 43, ff. *de vulg. et pupill. subst.* Fu Giustiniano con la l. 9, C. *de impuberum et aliis subst.* ehe fece ua dritto comune della sostituzione esemplare, detta perciò anche *Giustinianea*.

Chiamavasi sostituzione *reciproca* quella ehe sostituiva due o più eredi, gli uni agli altri reciprocamente. Dessa non formava una specie a parte delle tre sostituzioni di cui abbiamo parlato, ma le comprendeva tutto tre in tormini generali; l. 4 ff. *de vulg. et pupill. subst.*

La sostitusione *compendiosa* o *breviloqua* era quella che concepita in termini impliciti, racchiudeva nel tempo stesso tutte le specie di sostitnzioni vulgari, pupillari, esemplari. *Nel caso di morte*, p. e., *del mio erede, gli sostituisco un tale*. Io tal caso, como la sostituzione è generale, e non è ristretta ad alcuoa specie particolare, la legge presumeva che il testatore abbia voluto comprendere tutte le specie di sostituzioni che possano essere applicate alla sua disposisione. Scorgesi da ciò, che la sostituzione compendiosa non formava più che la reciproca, uoa specie a parte, e ehe essa rientrava sempre necessariamento, al pari della medesima, in uoa delle altre classi di sostituzioni. Diveniva volgare, se l'erede istituito non accettava la successione; pupillare, se, dopo aver accettata la successione, moriva prima di giungere alla pubertà; e fedecommessaria, se in quest' ultimo caso, la morte non accadeva ehe dopo l'età della pubertà; l. 8, C. *de impuberum et aliis substitutionibus*.

Noi vedremo nel corso di questa sesione, che la sostituzione *volgare* e la *reciproca* sono state conservate dalle nuove leggi; la sostituzione *pupillare* sarà esaminata nelle osservazioni all'art. 945. La sostituzione *esemplare* è perfettamente abolita.

(1) Abbiamo detto nella nota precedente, che la sostituzione volgare à per oggetto di porre un erede nel luogo dell'istituito. Nella sostituzione volgare, ehe non fa che chiamare un erede, legatario o donatario, l'uno io mancanza dell'altro, la proprietà non passa

937. Possono sostituirsi nel modo indicato più persone ad una sola, ed

---

che sulla testa dell'instituito o del sostituito; è una semplice precauzione, acciò si trovi un individuo a profitto del quale la disposizione abbia la sua esecuzione. Se il primo chiamato accetta, la sostituzione è caduca, l. 5, C. *de impub. et aliis subst.*; è dunque una semplice disposizione che trasmette direttamente nel sostituito la proprietà piena, e non essendo in opposizione con le sostituzioni graduali proibite, il legislatore à trovato convenevole di conservarla.

Dobbiamo esaminare: 1.° Quali persone possono essere sostituite; 2.° Sino a qual grado si può estendere la sostituzione; 3.° Come finisce la sostituzione.

I. *Persone che possono essere sostituite*—Essendo la sostituzione volgare l'istituzione di un secondo erede, di un terzo, ec. è chiaro che possonsi sostituire tutti quelli che son capaci ad essere instituiti. Coloro adunque che la legge dichiara incapaci di ricevere (vedi nel tomo precedente la nota alla p. 375, § II), non possono essere sostituiti ad alcuno.

Può darsi che il testatore sostituisce all' instituito i suoi eredi, ed in questo caso può presentarsi la quistione, se l'istituito avendo lasciato figli ed un legatario universale estraneo, la sostituzione debbe cadere a favore de'soli figli dell'istituito, o anche dell' erede estraneo. Era questa nell'antico nostro forò una delle più intrigate quistioni. Molti dottori sostenevano, che la sostituzione doveva cadere soltanto a favore de'figli dell'instituito; ma la comune de'dottori opinava che venivano tutti gli eredi dell' instituito, indistintamente. Possono vedersi i ragguagli di questa discussione in Peregrino, decis. 101, e massime in Fusario, ques. 339, n. 1. E sotto l'impero delle nuove leggi sembra doversi decidere che anche gli eredi estranei dell'instituito sono chiamati alla sostituzione. Imperciocchè oggi tutti gli eredi sono volontari, art. 692, il legatario universale che concorre co'figli dell' instituito è anche suo erede, art. 929, 930, 935, e per conseguente dove partecipare a tutt' i vantaggi che possono pervenire come erede dell' istituito. Che anzi ci sembra, che se i figli rinunciano alla erdità del padre, non sono più suoi eredi, art. 702, perdono il dritto a raccogliere la quota di riserva (v. il t. 1, pag. 320, nota 3), e quindi il legatario universale estraneo, come unico erede dell'instituito, è chiamato alla sostituzione a preferenza de' discendenti dell' istituito che ànno rinunciato.

II. *Sino a qual grado si può estendere la sostituzione*—L'oggetto della sostituzione volgare essendo quello di far raccogliere il legato o one donazione, in mancanza del legatario istituito o donatario, è chiaro che si può sostituire un secondo, un terzo, un quarto, ec. in mancanza del primo; l. 36, ff. *de vulg. et pupil. subst.* Ed è massima (ricavata dalla l. 27, ff. *de vulg. et pupill.* e dal § 3, Inst. *de vulg. subst.*) in questa materia, che il *sostituito al sostituito è sostituito ancora all'istituito: substitutus substituto, substitutus est etiam instituto*. Per esempio; Tizio sia mio erede; se non è mio erede, Cajo lo sia; se Cajo non è mio erede, Sempronio lo sia. Essendo morto il testatore e Cajo parimenti, e rinunziando Tizio, Sempronio sarà chiamato a raccogliere la disposizione. Fabro, Cod. lib. 6, tit. 8, defin. 13 e 14; Voet *ad pandectas*, lib. 28, tit. 6, n. 2.

III. *Come si estingue la sostituzione volgare*—La sostituzione volgare non essendo fatta che pel caso in cui l'istituito non sarebbe erede, svanisce ne'seguenti casi:

1.° Quando l'istituito à accettato la successione; l. 5, C. *de imp. et aliis subst.*

2.° Se il sostituito muoja prima del testatore, perciocchè prima dell'apertura della successione, non costituisce la sostituzione che una semplice speranza, la quale non è passibile di trasmissione; l. 9, ff. *de suis et legit. hered.*, art. 822.

3.° Morendo l'istituito dopo il testatore, e prima di aver accettato l'eredità, non si apre il dritto del sostituito, ma gli eredi dell'istituito sono preferiti, art. 698, 968. Le leggi romane presentavano su questo punto delle incertezze, per la ragione datane nel t. 1, p. 290, nota 4. Vedi Voet, *ad pandectas*, lib. 28, tit. 6, n. 4.

Ma se il sostituito muore dopo il testatore, ma prima dell'istituito che non vuole o non può accettare l'eredità, gli eredi del sostituito possono per dritto di trasmissione accettare l'eredità? La negativa era stabilita dal dritto romano, poichè secondo la l. 9, ff. *de suis et legit. hered.* (la quale à meritato un celebre comentario di Cujacio, *obs. lib. 12, c. 11*) *substituto vivo*, essa legge dice, *defertur ex substitutione hereditas, non etiam si decesserit, heredem ejus sequitur*. Ma secondo i principi del codice moderno, pare di doversi decidere nel senso contrario. Imperciocchè l'istituito, che non à voluto o non à potuto accettare, si reputa di non essere stato mai erede, art. 702, e per conseguente il sostituito era stato impossessato di pieno dritto sin dall'istante dell'apertura della successione, stante la regola che *il morto impossessa il vivo*. Ora il dritto del sostituito non è subordinato alla condizione che sia vivente all'epoca in cui l'istituito dichiara di non volere accettare, ma è subordinato alla condizione che l'istituito non sia erede. Non essendo erede l'istituito, la sua rinunzia o incapacità si retrotrae all'epoca dell'apertura della succes-

una sola a più (1).

938. Se nella sostituzione è espresso il solo caso che il primo chiamato non possa, o che non voglia conseguire la eredità, la donazione o il legato, l'altro caso s'intenderà tacitamente incluso; purchè il disponente non abbia spiegato il contrario (2).

---

siene, e quindi, se a quell'epoca era vivente il sostituito, à trasmesso il dritto di accettare l'eredità a' suoi eredi, art. 698 e 968.

4.° Abbiamo detto, che la sostituzione svanisce coll'adizione dell'eredità fatta dall'istituito. È quistione intanto tra gl'interpetri del dritto romano, se facendosi l'istituito restituire in intero contro l'accettazione di eredità, riprende la sostituzione il suo vigore. Perezio, cod. lib. 6, tit. 25, n. 6, Furgole *de testam.*, c. 10, sez. 1, n. 70, ed altri sostengono la negativa; ma l'opinione contraria abbracciata da Domat, parte 2, lib. 5, tit. 1, sez. 2, n. 11, è comprovata con solidi ragionamenti da Voet, *ad pandectas*, lib. 28, tit. 6, n. 4. La restituzione in intero ristabilisce sempre le cose nello stato in cui trovavansi prima dell'atto contro del quale è accordata: *restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat*, l. 24, § 4, ff. *de minoribus*. Per sapere quando il maggiore può essere restituito in intero contro l'accettazione, vedi l'art. 700, e nel t. 1, la nota 4, alla p. 291.

(1) La sostituzione è analoga alla istituzione. Se possono essere istituite più persone, la legge conformemente al dritto romano (§ 1, Inst. *de vulg. subst.*) permette altresì di sostituire più persone ad una sola, e una sola a più.

Qui dobbiam' osservare, se la sostituzione vince il dritto di *accrescere*, ossia se essendo più persone istituite legatarie *congiuntamente* a' termini dell'art. 999, il sostituito può prendere il posto dell'istituito che non può conseguire l'eredità, a preferenza del coerede istituito che per dritto di accrescere dovrebbe conseguire la quota del coerede incapace o rinunziante. Se, per esempio, un testatore dicesse: *lego la mia eredità a Tizio e Cajo; se Tizio non sarà mio erede, lo sia Mevio; se non sarà erede Cajo, lo sia Sempronio.* Non vi è dubbio, che mancando Tizio, prende il suo posto il sostituito Mevio, il quale non potrebbe essere escluso da Cajo per dritto di accrescere, perciocchè il dritto di accrescere stabilito dalla legge cede alla sostituzione che per volontà del defunto preferisce il sostituito al coerede; l. 2, § 8, ff. *de bon. poss. sec. tabul.* Perezio, sul Cod., lib. 6, tit. 25, n. 4; Voet, *ad pandectas*, lib. 28, tit. 6, n. 6. Ma quando diversamente risultasse dalla volontà del testatore, o dalla stessa formola della sostituzione si rilevasse, che il dritto di accrescere dev'esser preferito alla sostituzione, allora il sostituito non può esser preferito. Così dicendosi nel testamento: *Tizio e Cajo sieno miei eredi, e loro sostituisco Mevio*, è chiaro che mancando Tizio, la quota di Cajo per dritto di accrescere deve attribuirsi a Tizio, ed il sostituito Mevio non può acquistar dritto all'eredità, che in mancanza di Tizio e di Cajo; l. 30, ff. *de vulg. et pupill. subst.* Voet a Perezio, ibid.

Da ultimo è notevole, che se *Tizio e Cajo* sieno reciprocamente sostituiti, e quindi *Sempronio* a Tizio sostituiscasi, *Sempronio* si reputerà sostituito ad entrambi: *si Titius coheredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius: verius puto, in utramque partem Sempronium substitutum esse;* l. 27, ff. *de vulg. et pupil. subst.* Quindi Sempronio prenderà l'intera eredità, ancorchè Tizio fosse il primo al testatore premorto, o si fosse nell'apertura della successione rinvenuto incapace; e Cajo, benchè sopravvivente e capace, avesse in seguito rinunciata l'eredità. *Coheredi substitutus, prius quam hereditatem adiret, aut conditio substitutionis extiteret, vita decessit: ad substitutum ejus, sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit, utraque portio pertinebit: nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante decedat;* l. 41 princ. ff. *de vulg. et pupill. subst.*

(2) La sostituzione volgare à per oggetto di porre un erede in luogo dell'istituito, e ciò in due casi: l'uno, quando costui *non volesse*, l'altro quando *non potesse* raccogliere l'eredità. Era intanto una grave controversia tra gl'interpetri del dritto romano, se il testatore avendo sostituito pel caso in cui l'istituito *non volesse*, dovesse intendersi di aver sostituito anche pel caso in cui l'istituito *non potesse* per incapacità raccogliere l'eredità. Sostenevano di non dover la sostituzione avere il suo effetto, Duareno, *comment. ad tit. ff. de vulg. et pupill. subst.*, c. 9; Vinnio, *ad inst. tit. de vulg. subst.* c. 3, Fachineo, e Ricard, *sostit.*, n. 207. Per l'affermativa si pronunziò la comune de' dottori, e specialmente Voet, *ad pandectas*, lib. 28, tit. 5, n. 12, il quale ne sviluppa tutte le ragioni coll'ordinaria sua chiarezza. Il codice à sublimato in legge quest'ultima opinione, con la spiegazione che quando il testatore à detto in contrario, deve la sua volontà prevalere.

Quid se, sostituito Cajo, nel caso premorissero tutt'i figli nascituri al testatore, questi

939. I sostituiti dovranno adempire i pesi imposti a coloro a'quali sono sostituiti; purchè non apparisca la volontà del testatore di aver inteso limitare quei pesi alla persona de'primi.

Nondimeno le condizioni prescritte alla istituzione, alla donazione, o al legato, non si presumeranno ripetite nella sostituzione, se non che quando ciò sia stato espressamente dichiarato (1).

940. Se tra più coeredi, donatarj o legatarj a parti disuguali, sarà ordinata una sostituzione volgare reciproca, la proporzione fissata nelle quote della prima disposizione si presumerà ripetita anche nella sostituzione. Se poi nella sostituzione insieme co' primi nominati è chiamata qualunque altra persona, la parte vacante apparterrà a tutti i sostituiti egualmente (2).

---

muore senza aver procreati figli? La sostituzione deve produrre il suo effetto, ammeno che la volontà del testatore non sia concepita in termini tali da mostrare che tassativamente restrinse la sostituzione al solo caso della nascita e premorienza de' figli. Voet, *ad pandectas*, lib. 28, tit. 5, n. 13.

(1) La sostituzione volgare, di pari che la istituzione, può essere fatta o coll'obbligo di soddisfare a taluni pesi, o sotto condizione. La legge presume che quando la istituzione è accompagnata da pesi, i medesimi pesi si reputano ripetuti nella sostituzione. Per esempio, *istituisco Sempronio mio erede, col peso di pagare a Cajo un legato di mille ducati; sostituisco a Sempronio Mevio*. Se Sempronio non è erede, il sostituito Mevio deve adempiere al pagamento del legato. Questa regola à luogo, *purchè*, dice il primo comma dell'art. in esame, *non apparisca la volontà del testatore di aver inteso limitare que' pesi alla persona de' primi*. La volontà del defunto è la legge che bisogna pienamente eseguire. La regola adunque stabilita dal primo comma dell'art. in esame è precisa, e presa dalla l. 98 ff. *de legatis 3.°: si plures gradus* (e così sono gl'instituiti ed i sostituiti) *sint heredum, et scriptum sit*, HERES MEUS DATO: *ad omnes gradus hic sermo pertinet: sicuti haec verba*, QUISQUIS MIHI *heres erit. Itaque si quis velit non omnes heredes legatorum praestatione onerare, sed aliquos ex his, nominatim damnare debet*.

Il secondo comma dell'art. in esame stabilisce la regola inversa, nel caso la istituzione sia accompagnata da condizione: la condizione ch'è attaccata alla istituzione non si reputa ripetuta nella sostituzione, se non quando ciò sia stato espressamente dichiarato. Così prescriveva la l. 73, ff. *de hered. instituendis*: *sub conditione herede instituto, si substituamus; nisi eandem conditionem repetamus, pure eum heredem substituere intelligimur*.

(2) La sostituzione reciproca è quella che fassi tra gl'istituiti, e che chiama l'uno in mancanza dell'altro: Vedi la nota alla pag. 70. Oggi la sostituzione reciproca non comprende, e non può comprendere che la volgare. Quello ch'è rimarchevole sulla sostituzione reciproca è, che se il testatore avendo istituito molti eredi in porzioni disuguali, li sostituisce reciprocamente fra loro, ciascuno de' sostituiti, qualora si dà il caso, avrà parte alla sostituzione, a proporzione di ciò che gli è stato assegnato nell'eredità, dice l'art. in esame. Per esempio, *istituisco per miei eredi Cajo e Sempronio per un terzo, Mevio e Stico per la metà, Tizio per un sesto; e sostituisco reciprocamente gli uni agli altri, nel caso che alcun di loro non voglia o non possa succedermi*. Non succedendo *Mevio e Stico* che dovevan avere la metà, *Cajo e Sempronio* avendo il doppio di quello che deve avere *Tizio*, avranno due terzi dell'eredità, e l'altro un terzo. *Si plures* (dice la l. 24, ff. *de vulg. et pupil. subst*) *sint instituti ex diversis partibus, et omnes invicem instituti, plerumque credendum ex iisdem partibus substitutos, ex quibus instituti sint: ut si forte unus ex uncia, secundus ex octo, tertius ex quadrante sit institutus; repudiante tertio in novem partes dividatur quadrans. feratque octo partes qui ex besse institutus fuerat; unam partem qui ex uncia scriptus est: nisi forte alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum*. Il nostro art. adunque è consono al dritto romano; nè abbiasi a credere che la sua disposizione deve aver luogo quando il testatore avesse diversamente stabilito, solo perchè non soggiunge colla citata legge, *nisi forte alia mens fuerit testatoris*. La volontà del defunto deve sempre rispettarsi, quando non è in opposizione co' buoni costumi e con le leggi proibitive. Qui l'art. stabilisce una regola fondata sulla presunta volontà del defunto, ma quando il defunto à stabilito una divisione diversa tra i sostituiti, divisione che avea il dritto di fare, *dicat testator et erit lex*.

Da ultimo l'articolo in esame prevede il caso, che nella sostituzione reciproca, il testatore chiama nella sostituzione insieme co' primi chiamati una persona non chiamata nella sostituzione, ed in questo caso non può dirsi *quantam partem* (parole di Goffredo sulle

SEZIONE VI.

Delle sostituzioni fedecommessarie (1).

941. Qualunque disposizione colla quale il donatario, l'erede istituito o il

l. 5, ff. *de vulg. et pupill. subst.*) *quis habet in istitutione primaeva jure primaevo, vel accrescendi, tantum habet ex substitutione*, poichè nella sostituzione trovasi contemplata con i primi istituiti una persona non contenuta nella istituzione; e perciò l'art. in esame definisce, che in questo caso la quota vacante si divide egualmente fra tutt'i sostituiti.

(1) I. L'origine del fedecommesso, che poscia i dottori chiamarono *sostituzione fedecommessaria*, è esposta dagl'i scrittori dell'antichità e da Giustiniano ne' § 1 e 12 delle Instituta *de fideicommissariis hereditatibus*. Fu il fedecommesso immaginato per frodare le leggi. Stabiliva la legge *Voconia* (vedi il t. 1, nota 1 alla p. 245) che una donna non poteva istituirsi erede, *ne quis heredem virginem, neve mulierem faciat*, e da ciò che dice Cicerone (*Orat.* III, *in Verrem*), e da un luogo di S. Agostino (*de civit. Dei*, lib. III) apparisce, che non solo la figlia, ma anche la figlia unica era compresa in questa proibizione. Una simile legge di stato diretta unicamente dal fine di conservare i beni nella famiglia, e che sacrificava le affezioni del cuore umano, incontrava la più viva resistenza ne'testatori, e sotto lo stesso sistema repubblicano, alcuni testatori, nella mira di far passare i loro beni alle figlie che la legge vietava d'instituire erede, si avvisavano, nominando un erede o legatario capace, o facendogli un legato, di pregarlo segretamente a restituire i beni, in tutto o in parte, alle persone indicate. La speranza adunque di eludare la legge *Voconia* introdusse i fedecommessi in Roma, e si vede bene che l'esecuzione della volontà del testatore era interamente abbandonata alla buona fede del fiduciario, il quale non era obbligato da alcuna legge, ma soltanto era vincolato dall'onore, a consegnare il fedecommesso di cui era gravato.

Non rare volte la fiducia de'testatori rimaneva delusa, e l'esempio di P. Sestilio Rufo, la cui condotta meritò tutta l'animadversione di Cicerone (*de Finibus*, lib. 2), ne fornisca una pruova. Fu per l'opposto degno di essere tramandato alla posterità il tratto dell'Imperatore Augusto, che istituito (come riferisce Giustiniano, Inst. tit. *de codicillis*, princ.) da Lucio Lentulo, morto in Africa, erede, gravando l'eredità di fedecommessi, non solo li soddisfece tutti, ma ancora, sulle osservazioni del giureconsulto Trebazio, ordinò che in avvenire i fiduciari fossero tenuti di soddisfare i fedecommessi. I consoli furono da Augusto incaricati d'interporre la loro autorità per l'esecuzione de'fedecommessi, e questo novell'ordine di cose aumentò il favore de' fedecommessi. Ben presto se ne confidò la giurisdizione ad un magistrato creato espressamente, e che si denominò *pretore de' fedecommessi*, *PRAETOR FIDEICOMMISSARIUS*.

È dunque dal dritto romano che deriva la *sostituzione fedecommessaria*; è di là ch'essa si diffuse presso tutte le nazioni.

Ma i nostri antichi fedecommessi, come quelli delle altre nazioni di Europa, non eran fondati sullo spirito della sostituzioni fedecommessarie de' romani. Queste avean per oggetto di trasferire l'eredità per mezzo della buona fede dell'erede a chi designava il testatore. I fedecommessi che i nostri padri stabilivano avean per fondamento l'orgoglio dell'uomo, e così trasmettere alle generazioni future l'onore di averli fondati, gravare in perpetuo le proprietà, e condannarla ad esser fuori commercio. Lo stato politico di Europa contribuì alla generalità di questo sistema. Se per poco si considera, che le continue invasioni o guerre intestine laceravano la umanità, le terre allodiali volentieri divenivano feudali per trovare sicurezza sotto la garantia di un Signore; se le terre in generale, sotto l'Aristocrazia feudale, erano inalienabili, non recherà meraviglia che questo sistema produsse in generale l'opinione di considerare utile e consono allo stato sociale le gravezza della proprietà.

Lo studio perciò della materia fedecommessaria era rilevante, e sorgente di pereuni giudizi: nel nostro foro fu coltivato con lo stesso calore con cui la ragion feudale veniva illustrata, e le regole stabilite da' giureconsulti formavano nella nostra giurisprudenza un tutto colle disposizioni delle leggi romane. Celebre in queste materia è stato il cardinal de Luca, la cui autorità bastava a preoccupare i migliori ingegni. Fusario, Pellegrino, Capecelatro, Rovito, de Rosa ed altri erano nel foro scrittori rinomatissimi.

II. Non è nostro divisamento penetrare ne'dettagli delle nostre antiche sostituzioni fedecommessarie. Pel solo riassunto non basterebbe un volume. È pregio però dell'opera accennare le diverse specie di sostituzioni fedecommessarie per comprendere quanto era complicata questa parte di nostra legislazione.

legatario, è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire

---

Possonsi in generale distingoere sel specie di fedecommessi: il *puro*, il *condizionale*, il *semplice*, il *graduale*, il *particolare* e l'*universale*. Non eravi fedecommesso ehe non cadeve io nna di queste sei classi; me se ne incontraveno spesso altri che evevano taluni caratteri particolari, come le sostituzione *reciproca*, la sostituzione *di ciò che rimarrà*, la sostituzione *della famiglia*, lo sostituziona *fiduciaria*, la sostituziooe *lineale*, la sostituzione *mas colina* e la sostituzione *primogeniale*.

Fedecommesso puro—Così chiamavasi quel fedecommesso che non era sospeso de alcuna condizione, e ch'era trasmessibile all'erede del sostituito, se quest'ultimo morive prima di averne ottenuto il rilascio; § 2 Inst. *de fideicom. hered.*, l. 41, § 14, ff. *de legat.* 3.° Il fedecomesso *a giorno certo* cra riguardato dalle leggi romane e da' nostri usi come *puro*, *purum est*, *quia non conditione*, *sed mora suspenditur;* l. 79, ff. *de conditionibus*.

Fedecommesso condizionale—Era condizionale il fedecommesso, quendo l'acquisto di esso cra differito sino all'eveoto di qualche condizione, e quindi il giorno non cedeva, nè veniva, se non verificata la condizione; l. unic., C. *de caduc. toll.* § 7.

Fedecommesso semplice—Era qoello che noo conteneva se non un grado di sostituzione, val dire la persona a cui l'istituito doveve restituire, non era gravato di restituzione ad uo altro.

Fedecommesso graduale—Ere gradoale il fedecommesso, quando il testolore disponeva che il sostituito era nell'obbligo di restituire ad un altro il fedecommesso; l. 32, § 6, ff. *de legat.* 2.° La gradualità nelle sostituzioni poteve essere temporale o perpetua. *Temporale* era quando il testatore ordinava che i beni restassero soggetti a fedecommesso sino alla seconda o terza generazione: Menochio, cons. 179, vol. 2; Petra *de fideicom.*, *quest.* 7, n. 1. *Perpetuo* ere il fedecommesso, quando la sostituzioоe avea luogo a favore de' discendenti in infinito, o a favore dell'agnazione io perpetuo. Nel digesto e oel Codice non eravi alcun limite alla facoltà di moltiplicare e proprio piacimento i gradi del fedecommesso, e solo nel capo 2 delle novella 159 rinvionisi uua decisione contro le perpetuità di un fedecommesso ch'era stato stabilito in une famiglia; il legislatore dichiarò con questa costituzione (ehe secondo Armenopolo fu venduta da Triboniano), che i beni avendo percorso quattro generazioni, gli era sembrato troppo pericoloso di lasciare al fedecommesso un più luogo corso. Cujacio sulla detta oovella osservò, che essendo concepita in termioi oscurissimi e sopra un caso particolare, non impedive che i fedecommessi potessero essere perpetuati come prima. Ed è certo che in Ispagna od in Italia non è stata eseguita le novella 159: Mantica, *de conject. ultim. volunt.*, lib. 8, tit. 13, n. 37; Peregrioo *de fideicom.* art. 30, n. 17; Cuvarruv. *Variar. Resol.* 3. 8.

Fedecommesso particolare ed universale—Particolare era il fedecommesso, quando si aggirava sopra cose speciali e particolari, c non sopra una quota dalla successione del sostituente. Chiemavasi universale il fedacommesso che compreodeva o la totalità o una quota della successione del sostitnente; § 8, Inst. *de fideicom. hered.*, l. 16, § 7 e 8, ff. *ad Trebellianum*. Poteva il testatore istituire nello stesso atto uo fedecommesso universale ed uo altro porticolare, e negli annali dell'antica giurisprudenza bene spesso vedevasi un fedecommesso universale ed un altro particolere nella stessa persone. Su di che è e vadersi Federico Gregorio *de fideicom. in genere*, *ac in ispecie;* Nicola Cristofaro Lynchero *de fideicommissis univers.*

Fedecommesso reciproco—Il fedecommesso reciproco era quello con cui il testatore chiamando due o più persone li grevava reciprocameote uno verso dell'eltro, o pure sostituiva i costoro discendenti, ed ordinava che in caso di mancanza degli uni, succedessero gli eltri. Questo principio nelle particolari applicazioni menava e serie difficoltà, nelle quali è a vedersi de Marinis, *resolut. juris*, cap. 89, lib. 2, con le miglioraziooi del caoonico Carlantonio de Luca.

Fedecommesso DE EO QUOD SUPERERIT—Le leggi 70, § 3, ff. *de legat.* 2.°, 54 e 58, § 8 ff. *ad Trebellianum*, ci offrono gli esempi del fedecommesso *di ciò che rimarrà*, che facevasi ordinariamente ne' seguenti termini. « Instituisco Tizio, e voglio che alla sua morte, ei restituisco a Cajo ciò che gli resterà della mia eredità, ovvero de' miei beni ». Poteva certameote l'erede elienare i beni, poichè non era gravato di restituire che ciò che noo aveva alienato. Ma questo potere non era indeterminato, e le leggi citate esprimevano che dovea essere determinato, *arbitrio boni viri*. Finalmente la oovelle 108 di Giustiniauo, a togliere ogni incertezza, fissò l'obbligo dell'eredo di restituire el sostituito almeno un quarto de' beni.

Fedecommesso familiare—La qualità delle persone invitate al fedecommesso costituive il fedecommesso della famiglia. Avveniva spessissimo che un fedecommettente chiamasse collettivamente, o la sua famiglie o quella dell'erede; ed il fedecommesso preodova il nome

ad una terza persona, sarà della *sostituzione fedecommessaria*.

---

di *agnatizio*, quando al testatore era piaciuto di chiamare al godimento de'beni i maschi della sua discendenza, escluse le femmine. Su di che sono da riscontrarsi i discorsi 50 e 249 *de fideicomm.* del Cardinal de Luca.

Fedecommesso fiduciario—Soleva concepirsi in due modi. O il testatore concedeva all'erede gravato o ad altri la facoltà di nominare l'erede fedecommessario in un determinato numero di persone; o il testatore dichiarava da sè in segreto l'erede fedecommessario, e manifestava questa sua volontà al gravato. Sulla materia di questo fedecommesso e sul modo di regolarmente esercitarlo, scrisse con acume il Cardinal de Luca discors. 182 e 183.

Fedecommesso lineale—La sostituzione lineale era così chiamata, perocchè la si addiceva alla linea nella quale si trovava; ed ordinariamente avea questa qualità, allorchè era contemporaneamente graduale, e fatta, sia a vantaggio della famiglia, sia in favore dei discendenti successivamente, e gli uni dopo gli altri. Di fatti in tal caso, era massima costante, che la sostituzione entrata una volta in una linea, non ne usciva più se non dopo esauriti tutt'gl'individui che si trovan capaci a raccoglierla. Peregrina, *de fideicomm.*, art. 20, n. 3; Cardinal de Luca, *discors.* 101, 102, 103, 104, 105, 106.

Fedecommesso primogeniale—Tal era quello, che s'istituiva a favore de'primogeniti, e di tutti coloro che stavano in luogo di primogeniti. Ritorneremo su di ciò nella sezione seguente, parlando de'*maggiorati*.

Da tutte queste distinzioni e teoriche su' fedecommessi ben si può rilevare, come una legislazione per sè complicata, diventava una sorgente di perenni litigi per le sottigliezze de'forensi. Fu anche una conseguenza delle sostituzioni fedecommessarie la istituzione dei *monti di famiglie*. Questi monti di famiglie aveano per oggetto di provvedere all'appannaggio delle figlie femmine de'costituenti nobili, e loro discendenti in perpetuo. I ricchi monti di famiglia producevano l'inconveniente di aumentare eccessivamente le doti delle femmine, così che ne avveniva che le donzelle di nobile prosapia, non ascritte ad alcun monte, o non trovavano a collocarsi, o depauperavano le famiglie.

III. La filosofia del secolo XVIII, e le voci de'pubblicisti fecero sentire a'governi, che l'abolizione delle sostituzioni fedecommessarie era un bisogno sociale. Un ostacolo alla popolazione, alla coltura de'terreni, alla pace delle famiglie, alla circolazione de'beni, al perfezionamento dell'industria rurale, eran le sostituzioni fedecommessarie. Ed il nostro Filangieri (*scienza della legislazione*, lib. 2, c. 3 e 4) mostrò con forza di raziocinio e calda eloquenza le conseguenze funeste delle sostituzioni fedecommessarie.

IV. La ristaurazione dell'amministrazione generale del regno intrapresa dalla *Borbonica Dinastia* (v. il t. 1, *Introduz.*, p. 45 e seg.) risguardò anche le sostituzioni fedecommessarie. Con prammatica de'4 agosto 1805, i fedecommessi su predi urbani furono aboliti, ed il governo avrebbe progredito alla totale abolizione delle sostituzioni fedecommessarie, se le vicende politiche non avessero prodotto lo scioglimento della legittima amministrazione.

V. In Francia due decreti dell'assemblea legislativa, de'25 ottobre e 14 novembre 1791 pronunziarono l'intera abolizione delle sostituzioni. Il codice civile con l'art. 896 confirmò la proibizione delle sostituzioni (salve le due eccezioni, ch'enuncieremo nella nota seguente), come contrarie alla prosperità dell'agricoltura, dell'industria e del commercio; all'ordine di succedere; ad una saggia organizzazione delle famiglie; all'ordine politico.
« L'esperienza à provato, disse all'uopo il sig. Bigot Préamenéu, che nelle famiglie opu-
» lenti questa estensione non avendo per oggetto che di arricchire uno de' loro membri,
» spogliando gli altri, era un germe ognora ripullulante di discordia e di litigi. I parenti
» numerosi che venivano così sacrificati, e che il bisogno pressava, non avevano altra ri-
» sorsa che nelle contese da essi alzate ora sulla interpetrazione della volontà, ora sulla
» composizione del patrimonio, ora sulla parte ch'essi potevano distrarre da'beni sostitui-
» ti, ora in fine sulla omissione o sulla irregolarità delle forme richieste.
» Ogni gravato di sostituzione non essendo che un semplice usufruttuario, aveva un
» interesse contrario a quello di qualunque miglioramento. I suoi sforzi tendevano a mol-
» tiplicare e ad anticipare i prodotti che potesse trarre da' beni sostituiti, con pregiudi-
» zio di quelli che fossero chiamati dopo di lui, i quali poi dal canto loro, giunti che fos-
» sero al possesso, avrebbero cercato di rimpattarsi mediante nuove degradazioni dei
» fondi.
» Più, una immensa massa di beni si trovava perpetuamente fuori di circolazione; e le
» leggi, che avevano limitato le sostituzioni a due gradi, non avevano rimediato a questo
» inconveniente. Imperciocchè colui, il quale a spese dell'intera sua famiglia avesse go-
» duto di tutte le prerogative attaccate ad un nome distinto e ad un grande patrimonio,

» non mancava di rinnovare la stessa disposizione, e se per forza di legge ciascuna d'esse » era limitata ad un certo tempo, esse sul fatto diventavano, rinnovandosi, sostituzioni » perpetue.

» E coloro i quali erano già carichi delle spoglie delle loro famiglie, avevano la mala » fede di abusare delle sostituzioni per ispogliare eziandio i loro creditori. Una grande » spesa faceva presumere grandi ricchezze. Il creditore che non era a portata di verifica» re i titoli di proprietà del suo debitore, e che trascurava di fare questa ricerca, era vit» tima della sua confidanza, e nelle famiglie, alle quali le sostituzioni conservavano le » più grandi masse di patrimonio, ogni generazione era il più delle volte contrassegnata » da un obbrobrioso fallimento.

» Le sostituzioni non conservavano i beni in una famiglia, che sacrificando tutt'i mem» bri della medesima, per riserbare ad un solo il lustro della fortuna. Un tale scomparte » non poteva essere stabilito, che soffocando tutt'i sentimenti di quell'affezione che è la » prima base di una giusta trasmissione de'beni tra parenti. Nè potrebbesi dare un peg» gior vizio nell'organizzazione di una famiglia, che quello di tenere nel nulla tutt'i suoi » membri per dare ad un solo una grande esistenza; di ridurre quelli che la natura à fat» ti eguali, allo stato d'implorare i soccorsi e la beneficenza del possessore di un patrimo» nio, che avrebbe dovuto essere comune: e rare volte l'opulenza, soprattutto quando la » sua origine non è pura, ispira sentimenti di beneficenza e di equità.

» Finalmente, se le sostituzioni possono essere poste nel numero delle istituzioni poli» tiche, vi si supplisca in maniera sufficiente ed atta a prevenire gli abusi, dando per di» sporre tutta la libertà compatibile co'doveri della famiglia.

» Tutti questi motivi ànno determinato a confermare l'abolizione delle sostituzioni, di » già pronunziata con legge di ottobre 1792 ». Locré, t. 5, p. 313, n. 4.

VI. Occupato nel 1806 il nostro regno da'francesi, ad un nuovo ordine di cose andò soggetta la generale amministrazione.

Il codice civile cominciò ad aver vigore nel 1 gennajo 1809, ma molto prima della sua pubblicazione, il governo sentì la necessità di sciogliere i fedecommessi, come una conseguenza dell'abolizione della feudalità. Con legge de'27 settembre 1806 si cominciò dall'abolire tutt'i vincoli di fedecommesso sopra i crediti contro lo Stato, e con legge de'15 marzo 1807 furono definitivamente sciolti i fedecommessi, con talune modificazioni comandate dalle circostanze particolari de'tempi (1). Indi con decreto del 22 ottobre 1808

---

(1) Ecco il testo della legge del 15 marzo 1807.

Avendo considerato, che dopo le turbolenze ed i cambiamenti, che dissestano le private fortune, egli è giusto di mettere i proprietari in istato di soddisfare i loro creditori, e di liquidare il loro patrimonio; tanto più che i principj della giustizia distributiva sono a tale riguardo di accordo con quelli della economia interna dello Stato, e di una savia politica:

Art. 1. Le sostituzioni fedecommessarie di qualunque natura sono abolite, ed i beni a quelle soggetti saranno goduti come beni liberi dagli attuali gravati, salvo l'eccezioni seguenti.

2. I sostituiti immediati, che si troveranno tali così nell'epoca della pubblicazione di questa legge, come nel tempo della morte degli attuali gravati, conserveranno il loro diritto alla trasmissione de'beni soggetti alle anzidette sostituzioni, nella totalità se sono discendenti, nella metà se sono collaterali, purchè nell'epoca della pubblicazione di questo legge sieno o conjugati, o vedovi con figli. In caso di premorienza de'detti sostituiti, il loro dritto sarà rappresentato da'loro figli collettivamente, colla preferenza de'maschi alle femine, secondo le leggi del Regno.

3. Se la trasmessione, di cui si è parlato nell'articolo precedente, à luogo nella linea diretta del gravato, i figli maschi del medesimo potranno pretendere la legittima sopra i beni trasmessi; nel qual caso rimarrà estinto qualunque diritto potessero avere sopra di quelli, e si dovrà loro imputare tutto ciò che avranno potuto ricevere al di là della legittima sopra i beni liberi dello stesso gravato. Le figlie non maritate avranno un diritto sussidiario di paraggio sopra i beni trasmessi, qualora non ne sieno congruamente provvedute su'beni liberi del gravato, e da'monti di famiglie.

4. Nel caso di premorienza di alcuno de'figli dell'attuale gravato, il dritto loro accordato coll'articolo precedente sarà rappresentato da'loro discendenti in stirpe, e non in capi.

5. Nell'epoca della trasmessione, di cui si è parlato nell'articolo 2, i beni fedecommessi saran soggetti, in sussidio de'beni liberi dell'attuale gravato, a' debiti ipotecarj, che il medesimo à contratti, o riconosciuti avanti la pubblicazione di questa legge; e ciò non ostante, se l'attual gravato vorrà liberarsi egli stesso da'suddetti debiti co' beni fedecommessi, potrà farlo, purchè ciò sia sempre in sussidio de'beni liberi. In ogni caso i detti debiti saran pagati secondo la loro rispettiva anteriorità, la quale non potrà per altro impedire, che i creditori alimentarj sian preferiti.

6. Dal momento, che il fedecommesso sarà sciolto, quello tra gli ulteriori chiamati non compresi nell'art. 3, in favore de'quali il fedecommesso è gravato di un reddito vitalizio costituito prima della pubblicazione di questa legge, se vorranno ridurlo in capitale, dovranno farne la domanda tra lo spazio di sei mesi. Nel qual caso il possessore tra il corso di due anni dovrà dare a'detti creditori vitalizj, o in denajo, o in fondi a sua scelta, per prezzo del loro vitalizio, quindici volte il suo valore annuale, se l'età loro è infra i quarant'anni; dieci volte da quaranta a' sessant'anni; ed otto volte dagli anni sessanta in appresso: ben inteso però che tutti quelli, che si trovano nel momento

V. gli art. 1003 e seg.

dalla legge, e salve le disposizioni riguardanti la istituzione de' majoraschi contenute nella seguente sezione.

---

furono totalmente abolite le sostituzioni fedecommessarie, poichè ingiungendosi con questo decreto l'osservanza del codice civile francese dal 1 gennajo 1809, determinossi che la legge de' 15 marzo 1807 su' fedecommessi venisse eseguita *in tutto quello che non si opponeva al detto codice*. Da ciò si ventilò nel nostro foro una greve quistione, se l'art. 2 della legge del 1807 che conservava il dritto alla trasmissione de' beni, a' sostituiti immediati, che si trovavano tali così all'epoca della pubblicazione della legge, come nel tempo della morte de' gravati, fosse rimasto senza effetto alla pubblicazione del codice civile, per la disposizione del decreto del 1808; o in altri termini, se l'abolizione delle sostituzioni pronunziata dal codice civile, colpisse le sostituzioni pendenti all'epoca della pubblicazione della legge del 15 marzo 1807, e non verificata per la morte de' gravati dopo la pubblicazione del codice civile. Ne' fedecommessi non vi à che una aspettativa, una speranza, e non un dritto verificato a definitivamente acquistato pe' sostituiti, finchè il gravato viva. Or secondo la legge del 15 marzo 1807 il germe del dritto de' sostituiti esisteva all'epoca della sua pubblicazione, ma non si acquistava, secondo la stessa legge, che alla morte del gravato, e quindi il decreto del 22 ottobre 1808 dispose, senza alcun vizio di retroattività, che quella legge transitoria si fosse eseguita, in tutto ciò che non si opponeva al codice, val dire, che il codice colpiva le *speranze* di coloro che, nella esistenza de' gravati, si trovavano alla pubblicazione di esso sottoposti ad una legislazione contraria alla precedente; e viceversa, rispettava i dritti degli altri, che prima del codice si fossero verificati per la premorienza de' gravati. Nelle quistioni transitorie è prevalsa costantemente la regola, che non vi sia vizio di *retroattività*, allorchè trattasi di leggi *abolitive o modificative*, perciocchè i legislatori consigliati da pubblica evidente necessità, possono trovarsi nel caso di abolire que' dritti, comunque si credessero già acquistati. E bisogna convenire che la Corte Suprema di Giustizia di Napoli à su di ciò fissato una costante giurisprudenza, poichè con cinque arresti à persistito nel rincalzo del medesimo principio. È pregio dell'opera riferire questi arresti, perchè di grave importanza in una materia del massimo interesse.

Arresto del 9 novembre 1811, causa Vietri—« Attentochè abolite le sostituzioni, la successione dell'uomo che muore sotto l'impero del codice civile viene, a' termini degli art. » 731, 732 e 745 deferita a tutt' i figli, senz' attendersi la natura o l'origine de' beni, la » prerogativa del sesso o dell' età, è chiaro che il codice civile coll'art. 896 abbia colpite ed annullate, *senza vizio di retroattività*, tutte le sostituzioni pendenti e non verificate, le quali non avevano agl' immediati chiamati trasferito, che il semplice eventuale dritto di aspettativa ». *Supplemento alla Collez. delle Leggi*, t. 1, p. 120.

Arresto del 26 novembre 1811, causa Angri—« Attesochè i dritti eventuali di semplice aspettativa, conservati agl' immediati sostituiti dalla legge del 15 marzo 1807, sono » stati distrutti ed annullati dalle disposizioni del *cod. civ.* che, mentre annella le sostituzioni, deferisce le successioni de' defunti genitori a tutt' i figli così maschi che femmine, » senz' attendere nè la natura, nè l'origine de' beni, per regolarne la successione ». *Supplemento alla collez. delle Leggi*, t. 1, p. 130.

Arresto del 26 settembre 1823, causa Capracotta—« La Corte Suprema, facendo dritto alle conclusioni del P. M. (signor Criteni), ed atteso che la morte della duchessa di » Capracotta avvenne sotto l'impero del codice civile, e quivi con l'art. 896, nel divieto » delle sostituzioni, rimasero spente ed annullate tutte quelle ch'erano pendenti e non verificate, onde la roba divenne libera presso i gravati.

» Quindi cogli art. 731 a 732 del codice medesimo, per regola generale fu disposto, che » le successioni si deferissero a' figli ed a' discendenti del defunto, senza considerarsi la » natura de' beni; ed a questa regola si urterebbe ove si cercasse degli effetti de' fedecommessi già aboliti, e de' beni che ne formavano la base.

» Considerando che il dritto di *aspettativa* conservato a' sostituiti immediati colla legge » del 15 marzo 1807, trovasi in opposizione a' menzionati articoli, per cui restò abolito col » decreto de' 22 ottobre 1808, e compreso nella regola generale dell'art. 896. Dappnichè

---

presente ammogliati con prole, saranno, qualunque sia l'età loro, considerati come quelli della prima classe. La disposizione di questo articolo non si estende a coloro che àn professati voti religiosi, o che àn presi ordini sacri, pe' quali si osserveranno le leggi veglianti.

7. Ci riserbiamo di permettere con concessioni particolari, sulle quali consulteremo il nostro consiglio di Stato, le sostituzioni fedecommessarie, quando le circostanze ci sembreranno richiederlo.

8. Le leggi, che non sono contrarie alle disposizioni della presente, sono conservate nel loro pieno vigore.

943. La nullità della sostituzione fedecommessaria non recherà alcun pre-

» trattandosi di dritto non perfezionato, la legge novella potè esercitare il suo impero senza vizio di retroattività, regola che accolta costantamente da' Tribunali, ed avvalorata dagli arresti della Corte Suprema, è di ostacolo ad ogni assunto contrario, ed a rivenir sopra massime che ànno presentato elementi regolatori degl' interessi delle famiglie, e la base di moltiplici contrattazioni tra privati ».

Arresto del 7 dicembre 1839, causa Spezie e Spezie—« La Corte Suprema, uniformemente alle conclusioni del P. M., osserva che il dritto di semplice *aspettativa*, che l'ort. 2 della legge del 15 marzo 1807 aveva conservato a' sostituiti immediati, trovandosi in contraposizione diretta co' vari art. del Cod. civ. indi pubblicati, concernenti l'ordine delle successioni e 'l divieto di ogni sostituzione, fu ritenuto per espressa disposizione del decreto de' 22 ottobre 1808 come abrogato dal cod. civ. suddetto, in quanto essa legge a queste si opponeva, avendo lo stesso cod. civ. colpito ed annullato senza vizio di retroattività tutte le sostituzioni pendenti e non verificate, le quali non avevano all' immediato chiamato trasferito, che il semplice eventuale dritto di aspettativa ».

Arresto del 26 gennajo 1842, causa Asciutti e Fabiani—Questo arresto contiene le medesime idee esposte negli arresti precedenti.

VII. Il codice civile adunque avendo perfettamente abolite le sostituzioni fedecommessarie, lo scioglimento de' Monti di famiglia n'era una conseguenza inevitabile (*). Con decreto degli 11 settembre 1809 fu stabilito, che tutte le controversie che sorgessero nello scioglimento de' monti di famiglia, così per rispetto alla divisione, come ad ogni altro oggetto, sarebbero terminate per via di arbitramenti necessari; ed indi con altro decreto del di 17 marzo 1811 si prescrisse, che dentro un anno, a contare dal dì della pubblicazione di queste decreto, i monti di famiglia dovessero essere diffinitivamente disciolti, e divisi fra coloro che vi avessero dritto. Dal complesso di questo disposizioni legislative si suscitò nel nostro foro, in occasione dello scioglimento del monte *delle trenta famiglie* (**), la grave quistione, sull'epoca in cui dovevano considerarsi legalmente disciolti i monti, se cioè nel dì della pubblicazione della legge del 15 marzo 1807 abolitiva de' fedecommessi, o in quello del decreto degli 11 settembre 1809, o finalmente pel decreto de' 17 marzo 1811. E questa quistione era di grave interesse, perciocchè, considerandosi i monti sciolti per effetto della legge del 15 marzo 1807, le dame concepute dopo quest' epoca non entravane a parte nella divisione. Dopo una discordanza tra le Corti di appello che ritenevano i monti disciolti per ministero del decreto degli 11 settembre 1809, e la Corte Suprema che riteneva lo scioglimento pronunziato dal decreto del dì 17 marzo 1811, le Camere riunite della Corte Suprema con arresto del dì 18 giugno 1826 giudicarono che l'epoca legale

(*) Cadendo l'abolizione sopra i monti familiari, il governo non vi comprese quegli stabilimenti di opere pubbliche o di pietà che portavano il nome di *monti*, se non in quanto contenevano anche disposizioni in favore di private famiglie; onde furon disciolti solo per la parte e tali private opere addetta, con dividersi i beni fra le famiglie interessate, e riunirsi il dippiù alla amministrazioni di pubblica beneficenza: decreti degli 11 settembre 1809 n. 4 e 5; de' 24 giugno 1810; de' 6 e 20 febbrajo, 5 e 28 marzo, e aprile 1810.

Furono però le cappellanie ed i benefizi laicali, come quelle che contenevano sostituzioni fedecommessarie, abolite co' decreti degli 8 giugno 1807 e 22 dicembre 1808; ma col decreto de' 22 luglio 1813 si dichiarò non esser compresi nella abolizioni i canonicati, le dignità, le prebende delle Chiese Cattedrali, e Collegiali, perciocchè i beni invece di restituirsi a' padroni rimanevano alla chiese—Dopo la caduta dell' occupazione militare vennero pienamente rivocate con decreto del 20 luglio 1818 tutte le disposizioni relative all'abolizione de' benefizi, delle cappellanie e de' padronati, e furono novellamente messi in piedi i benefizi di qualunque natura. Le controversie poi elevate nel foro, se il decreto del 1818 riguardasse i padronati de' benefici solamente, o pure anche i legati pii ch'eran colpiti dalle riferite disposizioni legislative emesse nel decennio, furono dileguate dal decreto de' 26 settembre 1831 che estese al dritto di elezione sulle cappellanie e sulle partecipazioni mortuorie laicali le stesse suddette disposizioni racchiuse nel decreto de 20 luglio 1818 per lo ristabilimento de' padronati particolari sopra benefizi di qualunque natura. Ma sono eccettuati i padronati *ex-feudali* che sono devoluti alla suprema regalia co' decreti de' 20 luglio 1818, 27 ottobre 1825 e 17 luglio 1827.

(**) Il monte delle trenta famiglie fu così detto, perchè nel 1601 trenta capi di famiglia nobili di Napoli si unirono per la formazione di un monte da provvedere all'appannaggio delle figlie femmine de' medesimi, e loro discendenti in perpetuo, mettendo una simbola di duc. 2500 per ciascuno. Fu stabilito per le damine maritande la dote in ducati nove mila, che con posteriori conclusioni del 1747 fu aumentata a ducati dieci mila sul conto corrente, e nel 1769 fu accresciuta di altri ducati due mila, mediante una confidenza particolare aperta sul moltiplico. A quelle Dame che volevano professare voto religioso fu assegnata l' elemosina di duc. 1500 all' epoca della professione del voto, ed un vitalizio di annui duc. 70. Ed alle Dame che sarebbero rimaste nello stato nubile furono assegnati annui duc. dugento, e la facoltà di disporre in morte di duc. 500.

giudizio alla validità della donazione, della instituzione, o del legato cui sta aggiunta; restando caducate tutte le sostituzioni anche del primo grado (1).

---

dello scioglimento de' medesimi si rinviene nel decreto de' 17 marzo 1811; e la terza camera della G. C. civile di Napoli pronunziando in grado di seconda revisione giudicò con decisione del dì 8 giugno 1831, conformemente a' principj stabiliti dalla Corte Suprema.

VIII. Caduta l'occupazione militare, il codice civile fu ne' dominj continentali conservato provvisoriamente in vigore, ed il Re Ferdinando I che nel destinare una commissione per la compilazione di un corpo di patrio dritto comune a tutto il regno, avea insinuato di presentare un progetto adattato all'odierno stato di civilizzazione (v. nel t. 1, *Introduz.* p. LIV, n. 62), conobbe che le sostituzioni fedecommessarie non potevano adattarsi a' bisogni attuali della nazione. Quindi, prima che le leggi civili fossero messe in vigore, confermò l'abolizione de' fedecommessi, volle con legge de' 2 agosto 1818 abolire anche nella Sicilia le sostituzioni fedecommessarie, e con rescritto de' 30 gennajo 1819 dichiarò il Re, che in tale abolizione era compreso *tutto ciò che sotto altro aspetto contenesse col fatto le sostituzioni anzidette.*

IX. Fin qui abbiamo presentato in iscorcio la storia delle sostituzioni fedecommessarie dalle nuove leggi abolite. Vedremo nella nota seguente i caratteri delle sostituzioni fedecommessarie vietate, e quali ne sieno le conseguenze.

(1) Le disposizioni degli art. 941 a 944 relativi alle sostituzioni fedecommessarie meritano di essere esaminate complessivamente: 1.° Della natura delle sostituzioni fedecommessarie proibite, e qual è il loro carattere costitutivo; 2.° Della nullità delle sostituzioni fedecommessarie, e degli effetti di questa nullità; 3.° Se il dritto di usufrutto può formare oggetto di una sostituzione.

I.

Della natura delle sostituzioni proibite, e qual è il loro carattere costitutivo.

Da' motivi che àn dato luogo all' abolizione delle sostituzioni fedecommessarie, riportati nella nota precedente, il Codice à avuto cura di definire gli elementi di una sostituzione proibita, nell' art. 941, ove è detto, *qualunque disposizione colla quale il donatario, l'erede istituito o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di* CONSERVARE e RESTITUIRE *ad una terza persona, sarà della* SOSTITUZIONE FEDECOMMESSARIA—L'obbligo quindi di *conservare* e quello di *restituire* sono gli elementi distintivi della sostituzione fedecommessaria(*), e decomponendo questa nozione complessa di *conservare e restituire*, si può dire che vi è sostituzione fedecommessaria, quando una disposizione contiene l' *ordine successivo* nel quale sono chiamati il primo e 'l secondo istituito; ed è a quest' ordine successivo che si dà il carattere costitutivo delle sostituzioni. Evvi fedecommesso, dice Merlin (quest. v. *subst. fideicom.* § 6) tutte le volte ch' esiste una disposizione con cui, gratificando qualcheduno, lo si grava di restituire l' oggetto della liberalità ad un terzo che si gratifica in second' ordine; ovvero, il che torna allo stesso, tutte le volte che si dona a due persone l' una delle quali non dee raccogliere che dopo l' altra; in una parola, tutte le volte che i due gratificati sono chiamati a raccogliere successivamente e non in concorso, *ordine successivo, et non conjunctivo seu simultaneo*, dice Peregrino, *de fideicom.* art. 17, n. 1. Gli autori professano la medesima dottrina; Toullier, t. 5, n. 21 a 24; Grenier, *donat.*, t. 1, n. 10; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 349; Proudhon *de l'usufruit*, n. 440 e 441; Duranton, t. 8, n. 66, 70, e 86.

Conseguentemente all'esposto principio, bisogna attentamente considerare, per giudicare che una disposizione contenga una sostituzione proibita: 1.° Che la disposizione sia fatta a favore del gravato; 2.° Che la disposizione sia fatta altresì a favore del sostituito. Conviene sviluppare in iscorcio questi due elementi delle sostituzioni.

1. — *Disposizione fatta a favore del gravato* — Non vi può essere sostituzione proibita, se non vi è una prima disposizione a favore di un gravato; e l'art. 941 fa conoscere abbastanza qual dev' essere la natura di questa prima disposizione, supponendo il grava-

---

(*) Poichè l' obbligo di conservare e quello di restituire ad un terzo costituisce il fedecommesso vietato, un legato pio per celebrazione di messe con beni addetti, de' quali gli eredi dovessero essere semplici tenutari, non contenendo l'obbligo preciso di conservare e restituire, non è un fedecommesso caduto sotto le leggi abolitive, ma una pia istituzione che si assimila alle cappellanie e patronati. Arresto della Corte Suprema di Napoli del 13 agosto 1831 (causa *Morcesi* a *Migliore*).

944. Non sarà considerata come sostituzione, e sarà valida la disposizio-

---

te o *donatario*, o *erede instituito* o *legatario*, il quale à l'obbligo di *conservare*. Il primo istituito adunque, per verificarsi l'ordine successivo, dev'esserlo a titolo di proprietario, ossia *conserva* la cosa da restituirsi non come un amministratore o esecutore testamentario, ma come un vero proprietario, il cui dritto non può esser risoluto, che quando il terzo chiamato sopravvivesse, o fosse capace all'epoca dell'apertura della sostituzione.

Da questa prima nozione consegue, che non vi è sostituzione proibita, quando il gravato non è che un semplice *amministratore* o *gravato fiduciario*.

In quanto al gravato amministratore—Non vi è sostituzione, quando il gravato non è proprietario ed è stato incaricato di restituire la roba ad un altro, perchè il testatore l'à scelto di eseguire la sua volontà, senza intendere di gratificarlo, *dumtaxat ut ministrum elegit*, l. 17, ff. *de leg.* 2.° Così, se il testatore legasse *il fondo Corneliano a Tizio coll'obbligo di restituirlo a Paolo*, non sarebbe questa disposizione una sostituzione vietata, ma un fedecommesso puro e semplice, la cui esecuzione non è sospesa da veruna condizione, e trasmessibile all'erede del fedecommessario, quantunque costui sia morto prima di averne ottenuto il rilascio, giacchè il trasferimento della proprietà si effettua direttamente ed immediatamente dalla parte dell'autore della liberalità a favore di quello che ne forma l'oggetto. Chi è gravato di restituire, non fa che prestare il suo ministero: egli non è che una specie di esecutore testamentario. Toullier, t. 5, c. 23 e 30; Grenier, n. 121; Rolland de Villargues, *des subst.*, n, 131.

In quanto al gravato fiduciario—Le leggi romane appellavano *fiduciario* l'erede istituito coll'obbligo di restituire la successione ad una persona designata nel testamento; l. 88 ff. *de hered. inst.*; e preso in questo senso generale, l'erede fiduciario era la stessa cosa che l'erede gravato, ed in conseguenza l'opposto dell'erede fedecommessario. Ma oggi le voci *erede fiduciario* ànno un senso più ristretto. S'intende per gravato fiduciario o *erede fiduciario*, la persona che il testatore, istituendola erede per la forma, l'à incaricata di amministrare l'eredità, e di tenerla in deposito sino al momento in cui dovrà consegnarla al vero erede: Merlin, rep., v. *fiduciarie héretier*. La legge nell'abolire le sostituzioni fedecommessarie, non à colpito le semplici fiducie, le quali anche presentemente possono aver luogo, non ostante l'art. 941. Bisogna quindi accuratamente considerare da' termini di una disposizione, che cosa il disponente abbia inteso fare, per distinguer l'erede fiduciario dal gravato di sostituzione, poichè il gravato è erede fiduciario, quando apparisce che la restituzione del fedecommesso è stata differita dal testatore pel vantaggio del sostituito, e non già per rendere il fedecommesso condizionale; talmente che il testatore abbia inteso di affidare nell'intervallo l'amministrazione al gravato, per così dire a titolo di tutela, *tutelam magis, quam incertum diem fideicommissi constituisse*, l. 46, ff. *ad S. Trebell.* Le leggi romane ci forniscono più esempi delle semplici fiducie, che non investono l'erede della successione, ma gli conferiscono unicamente l'amministrazione. Papiniano nella l. 3, § 3, ff. *de usuris* ci presenta la seguente specie. Pollidio era stato istituito erede di una sua congiunta, col peso di restituire alla figlia della testatrice allorchè fosse pervenuta ad una certa età, tutto ciò che avrebbe raccolto da' suoi beni. La testatrice aveva dichiarato di disporre in tal modo, affin di confidare la fortuna di sua figlia all'interesse che vi prenderebbe il suo congiunto, piuttosto che a' tutori; ed avea ordinato che sulla successione, Pollidio riterrebbe un fondo ch'ella avea designato. Surse la quistione di sapere, se Pollidio dovea comprendere nella restituzione ch'era tenuto a fare dell'eredita alla figlia della testatrice, i frutti che avea percepiti di buona fede; e dietro mio parere, dice Papiniano, i prefetti del pretorio decisero ch'ei dovea restituire questi frutti; sia perchè la testatrice non gli avea legato che un fondo, sia perchè ella avea preferito i rimedi di un fedecommesso ai pericoli di una tutela—Decide giusta i medesimi principi la l. 46, ff. *ad S. Trebell.*(*), che Scio Saturnino avea istituito Valerio Massimo suo erede fiduciario, e l'avea gravato di restituire la sua eredità al suo figlio Scio Oceano, quando fosse pervenuto all'età di 16 anni. Scio Oceano morì prima del suo sedicesimo anno. Allora si presentò Mallio Seneca, zio di questo fanciullo, il quale reclamò i beni come suo più

(*) Invocando questa legge, la Corte Suprema di Napoli con arresto del dì 1 marzo 1831 (causa *d'.. snelli* ed altri) decise, che se dall'accozzamento delle diverse parti di un testamento si rilevi che il testatore istituendo un erede fiduciario abbia inteso dargli non altra qualità che di erede confidenziale, ossia di amministratore col peso di restituire l'eredità a chi per l'emigrazione in Sicilia n'era incapace, con la condizione che questa incapacità con un decennio fosse cessata, non essendo il caso di una sostituzione, ma di una instituzione condizionale, quel fiduciario non può profittare dell'abolizione de' fedecommessi.

V. gli art. 873 e 2083.

ne tra vivi o di ultima volontà, colla quale sarà dato ad uno l'usufrutto, e ad un altro la nuda proprietà.

---

prossimo congiunto. Valerio Massimo prelose all'opposto, che tali beni gli erano irrevocabilmente acquistati per la premorienza del figlio cui dovea restituirgli. Consultato sopra tale controversia, Scevola rispose, che se il testatore, nel prorogare sino al sedicesimo anno di suo figlio la restituzione dell'eredità, non avea avuto l'intenzione che di confidare la tutela di suo figlio ad un erede fiduciario, e non di creare un fedecommesso da restituirsi in un tempo che poteva non arrivare, non eravi alcun dubbio che il richiamo dell'erede *ab intestato* di Scio Oceano dovea esser accolto—Le leggi 78, § 12, *ad S.Trebell.*, 43 § 3, ff. *de legat.* 2.°, 21, § 2, *de annuis legat.* stabiliscono i medesimi principi. Quindi bisogna conchiudere, che quando dalle espressioni di un testamento si rileve che l'intenzione del testatore è stata di fare una instituziona tutta fiducieria, l'erede fiduciaria non fa suoi i frutti dell'eredità, e dee restituirgli coll'eredità medesima all'epoca regolata col testamento. La proprietà de'beni del defunto non è giammai riposata sulla sua testa. Merlin, rep., v. *fiduciaire héretier*; Rallend Villergues, n. 131 e seg.

II. *La disposizione dee esser fatta a favore del sostituito*—Il secondo carattere della sostituzione vietata è, che la disposizione sia fatta a favore del sostituito. Non vi sono termini formali per stabilire la sostituzione: *voluntatis defuncti quaestio in aestimatione judicis est*, l. 7, C. *de fideicom.* Importa poco che i termini sieno impropri, quando la volontà è manifesta, l. 69, § 1, ff. *de legat.* 3.° È una verità generalmente riconosciuta, dice Peregrino *de fideicom.* art. 1, n. 47, che non sonovi espressioni assegnatamente determinate per istabilire la sostituzione fedecommessaria; o le l. 2, C. *communia de legatis et fideicommissis* è su di ciò formalissima: *omne verbum*, essa dice, *significans testatoris legittimum sensum fideicommittere, utile atque validum est.* Le parole intanto del disponente debbono riunire certi caratteri, perchè esprimano la volontà di sostituire. Fa d'uopo: 1.° Che portino seco l'ordine successivo; 2.° Che l'epoca stabilita per la restituzione sia la morte del gravato. Fermiamoci alquanto su questi particolari.

Primo—I termini della disposizione debbono portare l'ordine successivo—Esiste fedecommesso tutte le volte che vi sono due donatari chiamati successivamente, l'uno che riceve direttamente dalla mano del donatore, l'altro che non riceve dal donatore se non per l'organo del primo donatario. Tutte le volte quindi che da'termini di una disposizione apparisce, che il voto del donatore è stato quello di far pervenire al secondo donatario i beni dopo che si fossero posseduti a titolo di proprietario dal primo, evvi sostituzione vietata. Ma quando da'termini della disposizione si vede, che non vi è l'ordine successivo, ed i legatari o donatari sono chiamati congiuntamente, o l'uno in mancanza dell'altro, non evvi sostituzione vietata Così:

1.° Se il testatore dicesse, *io istituisco Cajo e gli sostituisco Tizio*, in questa disposizione si ritrova una sostituzione volgare permessa dall'art. 936, poichè non essendo sempre facile di distinguere una sostituzione diretta da un fedecommesso, debbesi, nel dubbio presumere che il testatore non abbia voluto sostituire che volgarmente; Menochio, *de praesumptionibus*, l. 4, *praes.* 66 e 67. Quindi nel proposto esempio, il testatore non viene presunto di avere voluto stabilire un fedecommesso, ma solamente chiamare Tizio, nel caso che Cajo sia incapace, o ricusi di essere erede.

2.° Se il testatore dicesse, *istituisco Tizio ed i suoi figli*, è chiaro che non evvi fedecommesso, visto che niente indica l'ordine successivo. I figli nati al momento della morte del testatore, ch'è il momento in cui il legato prende vigore, verranno al legato in concorrenza del padre. Ma se il testatore dicesse, *Istituisco erede Tizio ed i suoi figli da nascere*, ovvero *Istituisco Tizio e dopo di lui i suoi figli*, vi sarà fedecommesso, perchè i figli sono chiamati per raccogliere dopo il loro padro, e non in concorso con lui. Oltre a ciò, la disposizione a favore de'figli nascituri sarebbe nulla, perchè fatta a favore di persone inesistenti. Merlin, quest. v. *sostit. fideic.*, § 8; Rolland, n. 158 a 160.

Secondo — L'epoca stabilita per la restituzione dev'essere la morte del gravato. Il codice esige soltanto che vi sia obbligo di conservare e restituire, senza determinare l'epoca della restituzione. La condizione intento della morte del gravato non à bisogno di essere annunciata nè espressamente, nè tampoco implicitamente: il gravato è presunto non essere stato incaricato di restituire che all'epoca della sua morte. La restituzione adunque allo morte del gravato è il carattere vero delle sostituzioni vietate, e questa idea si raccoglie da'motivi, dalle discussioni del consiglio di stato, dal fine delle sostituzioni vietate; e se non si volesse considerare l'epoca della morte del gravato come il tempo della restituzione, bisognerebbe dedurre l'assurda conseguenza, che i legati a tempo, i legati sotto condizione anderebbero sotto la proibizione dell'art. 941. Merlin, rep., v. *subst. fi-*

945. Il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli e

---

deic., sez. 10, § 1; Proudhon, *de l'usufruit*, n. 443; Toullier, t. 5, n. 22; Rolland, e. 4 e 5; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 349; Duranton, t. 8, n. 77 a 84. Arresti della Corte Suprema di Napoli de'26 giugno 1823 (causa *la Beneficenza ed Afflitto*); de' 24 marzo 1825 (causa *Franco e Mucci*); de' 27 aprile 1826 (*Bamairone e Gravante*); degli 8 marzo 1841 (*Santomango e Santomango*).

E dal principio che non permette di ravvisare una sostituzione nella disposizione condizionale se non quando la condizione presupponga *necessariamente* la conservazione dei beni per parte del gravato durante tutta la sua vita, gli autori ne conchiudono con ragione, che non vi è sostituzione nell'obbligo di conservare e restituire, quando per effetto della disposizione condizionale il legatario non acquista un semplice dritto eventuale di aspettativa, ma la proprietà gli è immediatamente trasferita dal testatore, e soggetta a condizione risolutiva o sospensiva. Così se il testatore dicesse, « io lego a Paolo i miei beni, con l'obbligo di conservarli e restiturli a mio figlio assente, se ritorna dall'esercito dell'Asia » non vi è sostituzione in questa disposizione, perchè non vi esiste l'ordine successivo, nè Paolo deve restituire alla sua morte. Se la condizione non si verifica, la proprietà rimane irrevocabilmente nel capo di Paolo. Se si verifica, il figlio assente ricoverà la proprietà direttamente dal donante, perciocchè la condizione risolutiva rimette le cose nel medesimo stato come se la disposizione a favore di Paolo non fosse esistita, art. 1136. Non vi sarebbe neanche sostituzione, se in una disposizione si dicesse « lego i miei beni a Tisio coll'obbligo di restituirne la metà a Cajo, se giunge alla maggior età ». Verificata la condizione, la disposizione fatta in favore di Tizio si sarebbe risoluta, come se non fosse esistita per la metà; non vi è ordine successivo. Non bisogna dunque confondere, conchiude il sig. Toullier, t. 5, n. 40 e 41, le sostituzioni che sono caratterizzate dall'ordine successivo o dall'obbligo di restituire alla morte del gravato, e dopo che costui à conseguito i beni, colle disposizioni che sono soggette a risolversi avverandosi la condizione, con quelle cioè che contengono l'obbligo di restituire subitochè si avvera la condizione. Se le sostituzioni sono vietate coll'art. 942, le disposizioni condizionali, quelle cioè che si possono risolvere verificandosi una condizione, sono permesse coll'art. 995, coll'art. 996 e coll'art. 1075, il quale permette di stipulare a vantaggio di un terzo, quando sia tale la condizione di una donazione che si fa ad altri. Il donante adunque può gravare il donatario di restituire ad un terzo; e se egli lo può puramente e semplicemente, perchè nol potrebbe condizionalmente? Io dono a Paolo il fondo Corneliano, a condizione che ne restituirà la metà a Pietro; questa disposizione è evidentemente permessa coll'art. 1075. Perchè non potrei donare a Paolo a condizione di restituire a Pietro, se il tale naviglio arriva dall'isola di Francia, ovvero se egli ritorna dall'armata? Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 349; Rolland Villargues, n. 194; Duranton, t. 8, n. 68 e 84.

II.

Della nullità della sostituzione, e degli effetti di questa nullità.

L'art. 896 del codice civile francese era così concepito: *Le sostituzioni sono vietate. Qualunque disposizione colla quale il donatario, l'erede instituito o il legatario, sarà incaricato di conservare e restituire ad una terza persona, sarà nulla, anche riguardo al donatario, all'erede instituito od al legatario.*

Dal modo della compilazione di questo art. si agitò in Francia ne'primordi della giurisprudenza la grave quistione, se l'autore di una liberalità gravandola di una sostituzione fedecommessaria, la sostituzione annullasse la liberalità, od unicamente la sostituzione in sè stessa. Cotesta quistione si presentò all' udienza della Corte di Cassazione di Parigi, addì 4 gennajo 1808, e Merlin con elaborata conclusione accolta dalla Corte (rep. v. *subst. fideic.* sez. 1, § 14) sostenne che l'art. pronunziava non solo la nullità della sostituzione, ma anche quella della istituzione: questa dottrina accolta dalle corti e da'dottori passò in giurisprudenza. Rolland Villargues, n. 271; Toullier, t. 5, n. 13; Grenier, n. 3; Duranton, t. 8, n. 90; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 349.

Le nostre *leggi civili* con l'art. 943 ànno stabilito un principio contrario alla giurisprudenza francese, dichiarando che la nullità della sostituzione non reca pregiudizio alla validità della disposizione. La legge à considerato che la donazione, l'instituzione, il legato sono indipendenti dalla sostituzione; che annullata la disposizione constituente l'obbligo, la disposizione gravata di quest' obbligo rimane nella sua naturale validità. Questo principio si concilia ancora colla regola scritta nell'art. 816, cioè, che in tutti gli atti di liberalità, le condizioni contrarie alla legge sono riputate non scritte; *vitiantur et non vitiant.*

le sorelle, possono sostituire ad un minore di anni diciotto, nel caso che que-

---

Dalla diversità adunque tra il codice francese e le nostre *leggi civili* sugli effetti delle sostituzioni fedecommessarie, ben si rileva che in molte quistioni agitate da'giureconsulti francesi le norme da essi date, per non vedere annullate le istituzioni, interpetrando gli atti, sforzandone il senso per non trovarvi sostituzione, non debbono presso di noi ciecamente seguirsi, essendo cangiato il principio che menava a questa intelligenza. Così, se il fedecommesso *de reliquato, de eo quod supererit* (v. la p. 77) fosse compreso nelle sostituzioni vietate dal codice, i giureconsulti francesi (*) decidevano di no. « Io istituisco Pietro e dopo la sua morte lo incarico di restituire a Paolo ciò che alla morte sua gli rimarrà de'miei beni, in questa disposizione i citati giureconsulti francesi, per non vedere annullata la istituzione a favore di Pietro, decidevano di non esservi sostituzione vietata, poichè non essendovi per Pietro obbligo di *conservare*, il testatore l'autorizza espressamente a disporre de'beni. Evvi dunque, eglino conchiudono, obbligo soltanto di restituire *quod supererit*, ed il codice non annulla la disposizione col peso di *restituire*, ma solamente quella col peso di *conservare* e *restituire*. Ma presso di noi questa dottrina può andare incontro a gravi difficoltà. Imperciocchè quando in una disposizione troviamo l'ordine successivo, il dritto eventuale del chiamato in second'ordine, la restituzione all'epoca della morte del primo gravato, si verificano tutti gl'inconvenienti che àn determinato il legislatore ad abolire le sostituzioni fedecommessarie. Egli è vero, che non vi è pel primo chiamato obbligo di *conservare* neanche una parte de'beni come prescriveva il dritto romano; ma è pur vero, che quando il primo chiamato non dispone de'beni, il secondo non viene che per ordine successivo, ossia dopo che il primo à goduto de'beni a titolo di proprietario. Dunque, se la proprietà à riseduto nel capo del primo, alla costui morte non possono succedere che i suoi eredi legittimi ne'beni donatigli; se si ammettesse che nel fedecommesso *de reliquato* fosse chiamato quello indicato dal testatore in second'ordine, abbiamo o una sostituzione nello stretto senso, o pure una disposizione colla quale si nomina un secondo erede, quante volte il primo non à alienato i beni; e nell'uno o nell'altro sistema abbiamo sempre la stessa conseguenza, cioè di condizioni contro la legge e per conseguente nulle. Laonde noi crediamo di essersi ben deciso dalla Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto del dì 22 aprile 1828 (causa *Esposito e Vincita*) che il fedecommesso di reliquato si reputa sostituzione obliqua, e comprensiva del doppio obbligo di conservare e di restituire nel tempo della morte del gravato, ancorchè siesi disposto de'beni per ultima volontà.

Similmente si è giudicato in Francia, con arresto del 12 piovoso anno 9 (in Merlin, quistioni, v. *subst. fideic.* § 4) che non evvi sostituzione fedecommessaria in un contratto col quale molti comproprietari comuni di un immobile, volendo conservarne tra essi successivamente la totalità, se ne fanno una donazione tra vivi, scambievole ed irrevocabile, gli uni agli altri, con accrescimento tra di loro, a misura che ognuno di essi verrà a morire. Questo arresto fu pronunziato contro le conclusioni di Merlin, ma egli sotto l'impero del codice ne à approvato il principio, pel motivo che le sostituzioni fedecommessarie vietate producendo la nullità della disposizione, bisogna che nel dubbio un atto di cui essa fa parte, sia interpetrato in modo, che abbia il suo effetto piuttosto, anzi che sia annullato. È questa anche la dottrina di Rolland Villargues, n. 229. Ma presso di noi, che la nullità della sostituzione non vizia la disposizione, non bisogna allontanarsi dal rigore de'principi: trovandosi in un atto tutti gl'elementi della sostituzione vietata, bisogna dichiararla. Nella proposta specie decisa in Francia, cinque proprietari in comune di un immobile, si fecero reciprocamente donazione delle loro porzioni, e ciascuno voleva che alla morte del primo de'cinque, il quinto che gli era stato donato si accrescesse a' quattro donatari, e così successivamente l'ultimo superstite rimanesse proprietario dell'intero immobile. E chi non vede che in questa disposizione, i donatari sono reciprocamente chiamati a raccogliere le porzioni gli uni degli altri, in ordine successivo, e dopo che ciascuno ne à goduto fino alla sua morte? Questa donazione contiene gli elementi della sostituzione vietata.

III.

Se il dritto di usufrutto può formare oggetto di una sostituzione.

La disposizione con la quale ad uno è dato l'usufrutto, o ad un altro la proprietà, non è considerata come una sostituzione, art. 944. La ragione di questa disposizione è eviden-

---

(*) Merlin, quistioni, v. *sost. fideic.* § 13; Toullier, t. 5, n. 38; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 349; Grenier, n. 7 bis; Rolland Villargues, 2. ediz, n. 233; Duranton, t. 8, n. 74.

sti muoia senza figli prima di compiere gli anni diciotto, una terza persona, ma in quei soli beni ne'quali sia stato il minore lasciato erede (1).

---

te. L'usufrutto e la proprietà sone duo cose distinte, ed è perciò, che quando sono donate separatamente, esistono due donazioni o duo legati; il legato di usufrutto viene ad estinguersi colla morte dell'usufruttuario, art. 542.

Noi dobbiamo esaminare, se il dritto di usufrutto può formare oggetto di una disposizione fedecommessaria.

Supponiamo che una disposizione di usufrutto sia fatta ne'termini precisi della sostituzione secondo l'ordine successivo. « Io lego l'usufrutto del fondo Tuscolano a Cajo, coll'obbligo di restituirlo dopo la sua morte a Mevio ». Una tale disposizione a favore di Mevio contiene una sostituzione vietata, o pure Mevio à dritto dopo la morte di Cajo di godere dell'usufrutto? Gli antichi giureconsulti consideravano l'usufrutto suscettivo di essere trasmesso per via di sostituzione fedecommessaria, fondando questa dottrina sulle leggi 3. princ. ff *de usufructu*, 4, ff. *quib. mod. usuf.*, 29 ff. *de usu. et usuf.* Ma sotto l'impero del codice non può dirsi sostituzione vietata lo chiamata successiva di due usufruttuari. Imperciocchè per essere riputato istituito in una sostituzione, bisogna che siavi l'obbligo di restituire; senza questo, non esiste per l'art. 941 sostituzione. Or nell'esempio proposto, Cajo è forse gravato di restituire? No, perchè il semplice usufrutto è per sua natura un dritto personale, intrasmissibile (v. il t. 1, nota 2, pag. 179), il dritto del primo chiamato si trova estinto con la morte, ed i suoi eredi non ànno che restituire. Il legatario ch'è chiamato in second'ordine, ed a profitto del quale si apre un altro dritto di usufrutto per la morte del primo usufruttuario, non à per revindicare questo primo usufrutto, ebe l'azione personale *ex testamento*, che pesa sull'eredo dell'autore della disposizione, a vantaggio del quale avrebbe avuto luogo la consolidazione dell'usufrutto alla proprietà, se il testatore non avesse chiamato il secondo usufruttuario. L'usufrutto adunque può essere legato successivamente a più persone, senza che s'incorra nel divieto delle sostituzioni; il secondo legatario dell'usufrutto (purchè sia esistente all'epoca della morte del disponente, art. 822) non riceve per l'interposta persona del primo legatario, ma direttamente dal testatore. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 446 e seg.; Merlin, quistioni, v. *subst. fideic.* § 5, 6 e 7; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 35e; Rolland Villargues, n. 238 e seg.; Duranton, t. 8, n. 54. Vedi la nota a, alla pag. 179.

(1) Per penetrare nello spirito dell'art. 945, è forza esaminare partitamente: 1.° Se lo scopo dell'art. 945 è di stabilire una sostituzione pupillare o fedecommessaria; 2.° Quali persone possono sostituire, con quale atto è permessa la sostituzione, e sopra quali beni si può sostituire; 3.° Quando si apre la sostituzione, e quali ne sono gli effetti; 4.° Quando svanisce la sostituzione; 5.° Se non richiedendo l'art. 945 la trascrizione della sostituzione offra perciò una imperfezione legislativa.

I.

Se lo scopo dell'art. 945 è di stabilire una sostituzione pupillare, o fedecommessaria.

Nella nota 1, alla p 71 e 72 riferimmo le diverse specie di sostituzioni, rinviando nella disamina del presente art. 945 la discussione, se la sostituzione *pupillare* sia riconosciuta dalle nuove leggi. In Francia per effetto del codice civile sono rimaste abolite non solo tutte le sostituzioni fedecommessarie, ma altresì la pupillare e l'esemplare—Nel progetto preparato dalla commissione per la compilazione delle *leggi civili* eravi la sezione VII di questo capitolo, *delle sostituzioni che la legge permette fare a' figli fino ad una certa età*, ossia volevasi ristabilire l'antica sostituzione pupillare de'romani. Messa a discussione questa sezione nel Supremo Consiglio di Cancelleria, il Consigliere Magliano opinò doversi rigettare la sostituzione pupillare, come quella ch'era un semenzaio di controversie, essendovi trattati immensi, e decisionisti senza numero, e che inoltre essendo la madre oggi ammessa alla patria potestà, egualmente che il padre, dovrebbe anch'essa essere autorizzata a fare simili testamenti. Aggiunse il consigliere Sollima ne'seguenti termini: «In questa sezione VII si trascrive la sostituzione pupillare del dritto romano. Colla stessa il padre fa il testamento del suo figliuolo. Or questa facoltà nasceva dal principio dell'assoluta patria potestà del dritto romano, pel quale il figlio era cosa, non già CAPUT LIBERUM, principio interamente sbandito. Nel nostro progetto si è dato al padre di famiglia l'obbligo del rendimento de' conti dell'amministrazione de'beni del suo figlio, e si è sottoposto anche alla sorveglianza del consiglio di famiglia e del tutore surrogato, considerandosi il padre, sciolto il matrimonio, come ogni altro tutore. Or dietro questi stabilimenti, come era gli

SEZIONE VII.

De' majoraschi.

946. È permessa la istituzione de' majoraschi nel modo e ne' casi indicati da' seguenti articoli.

---

si può dare la facoltà di poter disporre in un modo assoluto de' beni di suo figlio minore di anni 16? Bisogno essere conseguente, altrimenti la paterna potestà, invece di essere appoggiata alla natura del governo ed allo stato politico della nazione, diverrebbe un sincretismo, ossia un misto di dritto pretto romano, e diritto patrio. Sembra quindi che questa sezione debba interamente cancellarsi ».

Il cons. Sarno, sostenendo il progetto, disse così. «La sostituzione pupillare arreca molti vantaggi, giacchè assicura la persona del pupillo dalle insidie che potrebbero essergli tramate da' congiunti, che ne aspirano alla successione, e conserva un residuo molto rispettabile del paterno potere, mentre si autorizza il padre a fare il testamento a nome del pupillo, e la sua disposizione vale quante volte questi muoia in età pupillare. È molto opportuno, che la facoltà di disporre tanto limitata nel progetto si estenda a bene delle rispettive famiglie, e l'autorità paterna acquisti maggior nerbo e vigore. La sapienza dei giureconsulti romani per mantenere la sostituzione pupillare ricorreva alla fedecommessaria, quante volte la prima non poteva mantenersi come diretta perchè compresa, a cagion di esempio, in un codicillo col quale non si poteva dare, nè togliere l'eredità, e da ciò ne proveniva un fedecommesso di residuo nel quale non vi era il peso di conservare i beni, ma solo di restituirli ».

Replicò il consigliere Sollima: « Non è il timore delle insidie che introdusse la sostituzione pupillare. Essa fu l'effetto della romana patria potestà, per cui si dava a' soli figli in potestà, non agli emancipati. Il padre adesso non gode che del solo usufrutto de' beni del suo figlio minore sino all'età di anni 18 e non altro. Come quindi si può permettere, che questo padre disponesse di ciò che non è suo? E come il semplice usufruttuario temporaneo può disporre della proprietà altrui? Lasciando da parte questi argomenti positivi, esaminiamo l'utile, che dev'essere il principio regolatore di tutte le istituzioni. La quistione si riduce al seguente problema. Qual è più utile, che il figlio non faccia testamento, e che muoia *ab intestato*, o pure che succedano le persone istituite dal padre? Le legislazioni presenti, a differenza della romana, ch'era appoggiata ad un falso principio, favoriscono sempre la successione degli eredi legittimi, ch'è l'intestata, e non già la testata. Quindi domando, qual è l'effetto della proibizione della sostituzione pupillare? Si è quello certamente di non privare le donne delle successioni collaterali, la madre o l'avo della legittima, di aprirsi in buon conto la successione legittima, e di succedere a questo pupillo i suoi eredi legittimi; e questa successione che si garantisce dalla legge si vuole ora sovvertire? Qual timore poi d'insidie? Gli eredi più stretti *(si dice)* possono tramare la sua vita. Ma non potrebbero anche tramarla le persone istituite dal padre, onde sollecitare la sua morte? Il pupillo oggi è garantito dal tutore, surrogato tutore e consiglio di famiglia; sono perciò svaniti questi voluti pericoli. Si ricorreva è vero nel foro all'EQUITÀ del fedecommesso per sostenere la sostituzione pupillare, quando non valeva come diretta, comunque Ubero e Scipione Gentile dimostrassero di essere illegale ed arbitraria tale inversione, e sebbene i più grandi interpetri, tra i quali Cujacio, Vinnio, Fabro, Duareno, Goveono, Fochineo ed altri non ammettessero tale intelligenza; ma che perciò? Non si ricorreva forse anche all'EQUITÀ della sostituzione fedecommessaria, quando l'istituzione di eredi si faceva col codicillo, dicendosi che reputavasi pregato l'erede legittimo testamentario di restituire l'eredità per via di fedecommesso a colui ch'era chiamato nel codicillo, non ostante che secondo la teorica antica del dritto romano non si poteva dare nè togliere l'eredità? Ecco come i codicilli ed i testamenti divennero ausiliari scambievolmente l'uno dell'altro per favorire sempre la successione testamentaria, per cui orasi stabilita pure la FALCIDIA e la TREBELLIANICA, che assicurava all'erede testamentario un quarto intero dell'eredità che si difalcava da' legati e da' fedecommessi. Tutte le suddette sottigliezze del dritto romano si sono generalmente abolite, e la legislazione odierna di Europa, universalmente ricevuta dopo l'ordinanza del 1735 del cancelliere d'Aguesseau, favorisce la successione intestata, che generalmente viene chiamata col nome di SUCCESSIONE. »

Sulle riferite osservazioni de' consiglieri Magliano e Sollima, il Supremo Consiglio di Cancelleria rigettò la sezione VII del progetto, relativa alla sostituzione pupillare. Ma nel Consiglio di Stato si aggiunse alla sezione VI *delle sostituzioni fedecommessarie*, l'art.

947. I majoraschi non potranno stabilirsi senza l'approvazione del Re.

---

in disamina 945, il quale è estraneo alla sostituzione pupillare stabilita dal dritto romano: non contiene che una sostituzione fedecommessaria, per lo che si legge nella rubrica della detta sezione. Amorosi, *traduzione di Duranton*, t. 8, nota al n. 74.

Si raccoglie dalla riferita discussione sulla compilazione dell'art. 945, che la sua disposizione è totalmente estranea alla sostituzione pupillare de' romani, e contiene unicamente una eccezione all'art. 941 sulle sostituzioni fedecommessarie vietate. Di fatti si concede con l'art. in disamina la facoltà di disporsi tale sostituzione da'collaterali, che non ànno patria potestà sul minore di 18 anni, cioè dopo l'età in cui si può testare, art. 820, e pe'soli beni del sostituente, non potendo mai sostituire i beni del detto minore. Laonde ben decise la Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto del dì 22 aprile 1824 (*causa Folgori o Pignatelli*) che l'art. 945 contiene sostituzione fedecommessaria permessa, e non già pupillare.

II.

Quali persone possono sostituire, con quale atto sopra e quali beni è permessa la sostituzione.

I. *Quali persone possono sostituire*— Questo dritto è accordato dall'art. 945: 1.° agli ascendenti paterni e materni; 2.° agli zii o zie, e sotto il nome di zii in questo art. s'intendono evidentemente i prozii, l. 50, 136, 146, 201 ff. *de V. S.*; 3.° a'fratelli e sorelle, o l'articolo non distingue tra unilaterali e bilaterali.

Potrebbe presentarsi la quistione, se uno zio o un fratello avendo figli,e legando la quota disponibile ad un nipote *ex fratre* o al fratello minore,gli fosse permesso di sostituire nel caso che l'istituito morisse prima di giungere agli anni 18.Prendendo argomento dall'art. 1004 potrebbe sostenersi la negativa; ma deve considerarsi, che la sostituzione fedecommessaria permessa dall'art. 945 è ben diversa da quella contemplata negli art. 1003, 1004 e seg., sì per non essere le stesse le persone cui è permessa l'una o l'altra sostituzione, sì per i dritti de' chiamati in second' ordine, sì per le conseguenze nell' osservanza delle formalità prescritte dagli art. 1003 1004 e seg., quali formalità sono inapplicabili alla sostituzione permessa dall'art. 945. Quindi può lo zio che à figli, sostituire al nipote *ex fratre* da lui istituito erede.

Un'altra quistione importante si è, se gli zii ed i fratelli possono sostituire in pregiudizio de'dritti di legittima che i legittimari vantano sull'eredità dell'instituito nipote o fratello morto prima di giungere agli anni 18.Una semplicissima osservazione basta a respingere le pretenzioni de'legittimari. Imperciocchè l'istituito à ricevuto i beni a titolo di proprietario è vero, ma sotto condizione di giungere agli anni 18, altrimenti il disponente à destinato la persona chiamata a raccogliere in second'ordine i beni: questa condizione è permessa dalla legge, e perciò verificata rimette le cose nello stato primiero, art. 1136. Di che potrebbe lagnarsi il legittimario, quando i beni erano stati lasciati al minore con una condizione che si è verificata? Anche nel caso dell'art. 670 non si à dritto di chiedere la legittima su'beni che ritornar debbono all'ascendente donante: t. 2, nota alla p. 275, n. III. Quindi verificato il caso della sostituzione, il sostituito prenderà tutt'i beni che àn formato l'oggetto della disposizione.

II. *Con quale atto è permessa la sostituzione*—Dalle parole dell' art. in disamine, che permette di sostituire al minore *ne' beni ne' quali sia stato lasciato erede*, ne conchiudono i signori Magliano e Carrillo (t. 3, p. 678), che la sostituzione non possa farsi con atto tra vivi, ma debba contenersi in un testamento che rinchiuda la istituzione di erede. Noi non vediamo la ragione per cui debbe tanto giudaicamente interpetrarsi l'art. 945. Nell'antico dritto romano, le sostituzioni essendo in ogni tempo rivocabili, non potevano aver luogo che con atti di ultima volontà, ed è perciò che la l. 2, ff. *de legatis* 1.° limitava la facoltà di sostituire a coloro che aveano quella di testare; ma la giurisprudenza del codice permise di fare le sostituzioni anche con donazione tra vivi, l. 3, C. *de donationibus quae sub modo*; e questa disposizione passò ne' nostri usi, come può vedersi nella decisione 194 di de Franchis cum de Luca; Cardinal de Luca, discorso 142 *de fideicommissis*. Ora sotto l'impero del codice quali ragioni d'inconvenienti si verificano nella sostituzione permessa fatta con atto tra vivi, da incontrarsi con i motivi che ànno fatto abolire le sostituzioni fedecommessarie in generale? Se l'art. 945 è una eccezione all'art. 941, ed in quest'ultimo articolo nel definirsi la sostituzione vietata il legislatore contempla anche il caso di una sostituzione fatta con atto tra vivi, pare che una sostituzione di beni presenti, art. 867, contenuta in un atto di donazione, riunendo le circostanze prescritte dall'art. 945, debb' essere rispettata.

948. Potrà dimandarsene la istituzione da quegl'individui, i di cui nomi

---

III. *Sopra quali beni si può sostituire.*—In que' soli beni ne' quali il minore sia stato lasciato erede, è permessa la sostituzione, dice l'art. in disamina. Ciò dimostra che la sostituzione è puramente fedecommessaria, nè à che fare con la sostituzione pupillare dei romani.

Deducono i signori Magliano e Carrillo (t. 3, p. 678) dalle parole dell' art. *in que' soli beni* ne'*quali sarà lasciato il minore erede*, che la sostituzione non può aver luogo, che quando la disposizione contenga la *instituzione di erede*, o *un legato universale*.

Noi non vediamo la ragione per cui il legislatore intendesse vietata la sostituzione nel legato a titolo universale o particolare fatto a favore del minore, massime perchè nel numero precedente abbiamo sostenuto potersi fare la sostituzione con atto tra vivi. La sostituzione fedecommessaria può aver luogo sopra cose speciali e particolari, e sopra una quota di successione.

Sostituendo il padre al figlio minore, può presentarsi la quistione, se la sostituzione possa cadere su' beni che al figlio eran dovuti a titolo di legittima. I dottori della vecchia scuola non erano punto di accordo su questa quistione, come può vedersi in Fachineo, *controv.* lib. 5, c. 96. Prevalse nel nostro foro la teorica di non potere il padre, o qualunque altro ascendente impedire la detrazione della legittima, se nel testamento non avesse scritta la *cautela di Socino*, lib. 1, cons. 122. La cautela del giureconsulto Socino, adottata come regola invariabile nel foro, consisteva nell'alternativa istituzione del figlio e in tutta l'eredità colla legge di restituirla intera al fedecommessario senza detrarre la legittima, o nella sola legittima qualora non volesse uniformarsi alla disposizione testamentaria: Fusario, quist. 296, n. 61; De Luca *osservazioni alla decis. 522 di de Franchis*, n. 3 e 4.—Oggi che le disposizioni dell'uomo non possono cadere che sul patrimonio disponibile, la sostituzione non può comprendere che i beni di cui poteva il sostituente disporre: la legittima non può essere gravata, art. 829. Che se il sostituente imbevuto delle antiche massime in questa materia, disponesse con l'alternativa di doversi dal minore accettare l'eredità coll'obbligo della restituzione dell' intera eredità medesima, o pure di limitare la istituzione di erede alla sola legittima, si può rispondere che oggi la sostituzione essendo limitata al caso della morte del minore nella minorità, è cessato il motivo che determinò la cautela di Socino nell'antico foro. Il fine inoltre della sostituzione permessa è quello di fare scegliere al testatore un erede sul suo patrimonio disponibile, e non già quello di giungere finanche a derogare alle regole del diritto comune, che vietano di imporre vincolo sulla legittima, la quale è un debito del padre verso i figli, e sulla quale debbono succedere gli eredi naturali del minore — Dippiù, il minore quando potrebbe scegliere? Nella maggior età; ma allora trovasi la sostituzione svanita. Quindi ci sembra doversi conchiudere, che sulla legittima non possa cadere la sostituzione.

III.

Quando si apre la sostituzione e quali ne sono gli effetti.

Il dritto del sostituito si apre quando il minore istituito muore senza figli prima dell'anno diciottesimo. Fino all'avveramento della condizione, il sostituito non aveva alcun dritto, e per conseguente il tutore del minore à bene amministrato i beni, come di proprietà del minore. Tutti i pagamenti fatti al minore sono validi, ancorchè il suo tutore non ne avesse fatto il reimpiego. Per altro se il sostituito, temendo una malversazione, avesse fatto un'opposizione nelle mani de' debitori, costoro sarebbero risponsabili se avessero pagato senza la condizione del reimpiego, poichè poteva il sostituito in pendenza della condizione adoperare gli atti conservatori, e d'impedire che la sua speranza si renda illusoria e vana, art. 1133 (*).

Le servitù imposte si risolvono nel momento in cui il fedecommesso si apre per l'avve-

---

(*) Le leggi romane suppongono che il sostituito può esercitare le azioni conservatorie, poichè gli davano tre azioni dirette certamente ad assicurare la conservazione della speranza. Le azioni erano: 1.° Chiedere mallevaria al gravato, l. 1 e 5, § 2, ff. *ut legatorum*; 2.° Mancando il gravato di dare malleveria, il sostituito poteva chiedere l'immissione in possesso, ammeno che il sostituente non avesse dispensato il gravato dall' obbligo della malleveria, l. 6, ff. *ut legatorum*, e l. 4, C. *ut in possessionem*; 3.° Una restituzione anticipata e definitiva de' beni, quando il gravato non godeva da buon padre di famiglia, l. 5 ff. *ad Trebellianum*. Se queste tre azioni non sono conservate nel nuovo dritto, l'abuso che si facesse delle cose soggette a restituzione, autorizzerebbero il sostituito a chiedere che i fondi sieno amministrati, o che si desse cauzione, per argomento degli art. 526 e 543.

trovansi inscritti, sia nel *libro d'oro*, sia negli altri registri di nobiltà; da

---

ramento dalla condizione; *sed et imposita servitus finietur existente conditione*, l. 105 *ff. de condit. et demonstrationibus.*

In quanto alle alienazioni, bisogna distinguere, quelle fatte per soddisfare i debiti cui sono soggetti i fondi, da quelle volontariamente fatte da' rappresentanti del gravato minore. Le prime sono indubitatamente irretrattabili, perciocchè non poteva dipendere dal debitore, nel sostituire i beni, impedire il pagamento de' debiti che lascia, l. 78 § 4, ff. *de legatis* 2.° Bisogna però, perchè una simile alienazione sia valida, che il fondo sia venduto nel suo vero valore, l. 92, ff. *de legatis* 1.°, e che non esistano nell'eredità del sostituente danaro, o crediti, o beni liberi co' quali possansi soddisfare i debiti, l. 58, ff. *de legatis* 1.° — Le alienazioni poi fatte per non estinguere i debiti ereditari del sostituente, valgono se la condizione della sostituzione svanisce, poichè prima dell'apertura della sostituzione è il gravato proprietario: avverata la sostituzione, si risolvono le alienazioni, l. 69, § 1, ff. *de legatis* 1.°, l. 3, C. *communia de legatis*; art. 1136 e 2011.

Ma avverandosi la sostituzione, la moglie del minore avrà la ipoteca legale su' beni sostituiti per le sue convenienze matrimoniali? Secondo molti antichi giureconsulti, la novella 39, cap. 1, dalla quale è estratta l'autentica *quae res* Codice *communia de legatis et fideicommissis*, non autorizzava la moglie del gravato ad esercitare su' beni lasciati in fedecommesso ne' ipoteca sussidiaria, e questa era la dottrina di gravi scrittori, di cui possono vedersi i ragguagli in Fachineo, *controversiae juris*, lib. 4, cap. 47, in Fuldono, commentario sul Codice, tit. *communia de legatis*; ma la giurisprudenza di Francia e d'Italia era contraria, come può vedersi in Ricard, *delle sostituzioni*, parte 2, n. 105; Domat, lib. 5, tit. 3, sez. 1, n. 19; de Franchis, dec. 613 cum de Luca. Il codice moderno nell'art. 1010 à abrogato nelle sostituzioni permesso dagli art. 1003 e 1004, l'antica giurisprudenza, poichè nega alla moglie del gravato l'ipoteca sussidiaria di dritto, e glie l'accorda nel solo caso che il testatore lo abbia espressamente ordinato. — *Quid juris* nel caso della sostituzione permessa dall'art. 945? Pare doversi risolvere nel senso contrario alla moglie, poichè la legge non l'accorda alcuna ipoteca sussidiaria, e quando la legge ne' beni soggetti a risoluzione à voluto conservare alla moglie un' ipoteca sussidiaria, l'à dovuta stabilire, come ne' casi provisti dagli art. 877 e 888.

Ma la esposta conseguenza che rigorosamente risulta da' principi del codice, non sembra in armonia con le regole della giustizia, con la presunta volontà del sostituente, con le oltre disposizioni analoghe del codice. Imperciocchè l' art. 945 apre la sostituzione per la morte del gravato *senza figli*, val dire provede implicitamente il caso del matrimonio del minore. Il favore del matrimonio è tale, che, derogandosi alle regole comuni del dritto, l'art. 1332 rende il minore capace di tutte le convenzioni a causa del matrimonio; e come mai può essere consono alla giustizia, che una moglie che à avuto la disgrazia di rimaner vedova prima che il marito giungesse al diciottesimo anno, debba per colmo di sventura trovarsi nel pericolo di perdere la dote, per non aver ipoteca neanche sussidiaria su' beni soggetti a sostituzione? Se il marito moriva con figli, svanita la sostituzione, la moglie avrebbe avuto l' ipoteca sul patrimonio, e solo perchè la moglie non si trova madre, non può agire su quel patrimonio che apparteneva a titolo di proprietà al marito? Può esser mai nella presunta volontà del sostituente, il quale desiderando che la sua discendenza si perpetui, ed il mezzo ne dev'essere il matrimonio, che la vedova del figlio rimanga indotata? Si può mai presumere che gli ascendenti gravando i loro figli o nipoti di sostituzione intendano impedire il loro matrimonio? Nè si dica, che il sistema dello art. 945 è una conseguenza della condizione risolutoria; perciocchè, appunto perchè l'effetto della risolutoria è di fare svanire le ipoteche, doveasi fare eccezione per l' ipoteca della moglie, come ne' casi degli art. 877 e 888. Anche ne' beni soggetti a majorasco, la legge contempla la vedova del possessore, art. 963.

Il laconismo adunque dell'art. 945 dà luogo a pericolose conseguenze; mette il minore nella posizione di perdere l'occasione di un onesto e facoltoso matrimonio, poichè la morte potendo a momenti sopraggiungere all'uomo, una donna può ricusare per isposo un ricco minore gravato di sostituzione.

Sembra che la sapienza del legislatore, debba, per isfuggirsi la conseguenza rigorosa dell' art. 945, dichiarare, che la moglie del minore gravato, avverandosi la sostituzione, conservi su' beni sostituiti un' ipoteca sussidiaria per la dote.

IV.

De' diversi modi co' quali si estingue la sostituzione.

L'art. in disamina enuncia due casi di estinzione della sostituzione. 1.° Se il minore la-

tutti coloro che sono nell'attuale legittimo possesso di titoli per concessione

---

scia figli : 2.° Se muore dopo gli anni 18 compiti. La esistensa de' figli ancho naturali fa svoaire la sostituzione, poichè il figlio naturole à su' beni del padre e della madre un dritto di successioae, con questa distiozione. Se erasi sostituito ad una donna che muore prima de' 18 anai, losciando ua figlio naturale, questi raccoglio tutt'i beni della madre (t. 1, noto 2, p. 279 e 280) , e quindi lo sostituzione svanisce interamente. Se poi erasi sostitnito ad un uomo che lascia un figlio naturale, siccomo il figlio naturale non raccoglio tutta l'eredità del padre, art. 674, così il sostituito non lascia di conservare il suo dritto sullo quota cho non raccoglie il figlio naturalo, per lo ragione che il sostituito non perde il suo dritto cho riguardo al figlio noturale doll' instituito, o non già riguardo a' costui parenti legittimi.

Oltre l casi di estinsione previsti doll'art. 945, vo ne sono allri, cho derivano dalle regole generali dol dritto : Questi casi sono :

1.° Quando il sostituito non esiste più, ovvero trovasi incapace al momonto dell'apertura della sostituzione : lo sostituzioao costitaisce una semplice speraaza, lo quale svonisce per la premorienza del sostituito ; l. 98, ff. *de conditionibus et demonstrat.*, articolo 822 e 995.

2.° La distruzione della cosa sostituita fo cadero il fedecommesso, purchè non siavi stato dolo o colpa per parte del gravoto ; l. 26, § 1, ff. *de legatis* 1.° ; l. 22, § 3, ff. *ad Trebellianum.*

3.° Se la riouncia del sostituito estiogua la sostitusiono, non vi è dubbio per l'affermativo, qoondo la rinuncio à luogo dopo operto la sostituzione : ognuno può rinnnciare ad un dritto di successioae operta, l. 26, C. *de fideicommissis*, art. 702 — *Quid* se la rinnacia avvieno prima di aprirsi lo sostituzione? Secondo le leggi romane, le rinuncie fatte in forma di patto eron valide, e le convenzioni da eseguirsi, non importando che in appresso la condizione del fedecommesso venisse a mancare o ad adempirsi, l. 21, § 4, ff. *de pactis;* l. 5 e 16, C. *de pactis*; l. 11, C. *de transactionibus*. La rinuncia poi pura e semplice era nullo, e non poteva impedire ol sostitnito di venire ol fedecommesso, quando si apriva: *si sub conditione, vel ex die certa, nobis legatum sit: ante conditionem vel diem certum,* REPUDIARE NON POSSUMUS : *nam nec pertinet ad nos, ante quam dies veniat, vel conditio existat.* Sotto l'impero dol codice, pare che la riauacia del sostituito fatta in via di patto e dopo la morte del sostitaente, sio valida nè può dirsi contraria al' art. 708 che vieta la rinuncia all'eredità dell'uomo vivente, perciocchè il sostituito venendo a convensione col gravoto, noa vieno a rinunciore alla costui eredità, ma ripetendo il dritto direttamento dal sostitueate, non fa colla rinuncia che convenire col gravato, cho quolora si dorà luogo alla sostituzione, non conseguirà i boni. Se poi la rinuncio è puro e semplico, aon sembra sotto l' impero del codice nulla, solo perchè noa si è verificata oucora la condizione: si può certamente rinuaciore a' dritti di semplice aspettativa. Ma questa rinuncia per esser efficoce, dev'essere fotta nelle forme prescritte per le donazioni *tra vivi*, perciocchè una rionucia pura e semplice ad uno successione è una vera doaaziono, e per conseguente dev'essere occettota dal gravoto, e se costui aon interviene nell'atto di donasione, può il rinunciante rivocare la riauncia primo di essergli stata denunziota l'accettazione, come pure rimauo inefficaco la rinuncia, so il gravoto prima di morire non á fatto denunziare l'accettazione, ort. 856 e 857.

4.° Fotta la sostituzione nel caso che il minore morisse senza figli prima del 18 onno, avvenendo che l'istituito è incopace o non vuole accettare l'eredità, svoaisce la sostituzione? O ia oltri termini, lo sostituzione fedecommessaria permessa comprende tacitamente la volgare? Presentato il caso a'Ceutumviri (attesta Cicerone, *de oratore*, lib. 2, o. 57), se il sostituito nel caso che il postumo non giungesse allo pubertà potesse l'eredità raccogliere, non essendo il postumo venuto allo luce per la morte nello gravidanza dello madre, prevalse l'opinione di Crasso che sostenevo, contro Scevola, non essere la sostituzione esclusa. Gl'imperodori Marco Aurelio Antonino e Lucio Vero, attesta Modestino nello legge 4 princ. ff. *de vulg. et pupillari subst.* disposero : *jam hoc jure utimur ex D. Marci et Veri constitutione,* UT CUM PATER IMPUBERI FILIO IN ALTERUM CASUM SUBSTITUISSET, IN UTRUM QUE CASUM SUBSTITUISSE INTELLIGITUR: *sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit.* Cujacio comeatando questa legge nel tit. del Digesto *de vulg. et pupillari subst.* con una profonda discussione stabilisce, che dessa à inteso definire la controversia tro gli oatichi giureconsulti. *Ambigebatur*, dice Cujacio, *inter peritissimos, in causa Guriana, de qua apud Marcum Tullium multis in locis, et Quintilianum et alios auctores; sed pronunciaveruut centumviri in substitutione pupillari inesse vulgarem: tandem id obtinuit, et constitutione divorum fratum, confirmatum est.* Questo dottrino seguita da Duareoo (*Comment. ad tit. ff. de vulg. et pupill. subst.*) da

in qualunque tempo avvenuta; e finalmente da quelle persone che apparten-

---

Vinnio (inst. *de pupill. subst.* n. 6) ed altri, è stata fortemente contrastata da abili interpetri, e massime dal Presidente Fabro nella classica opera *de erroribus pragmaticorum decad.* 32, *error.* 9 e seg., ove inteso dimostrare, che il solo caso inverso fu dagl'imperadori Marco e Lucio deciso, cioè che la volgare espressa contenga la pupillare, e non già viceversa. Così che Coccei (*jur. civ. contr. ad tit.* ff. *de vulg. et pupill. subst.* qu. 10) ripone tal quistione, tra i punti di dritto controverso. Nel nostro regno prevalse l'opinione di contenersi la volgare nella pupillare: decis. de Franchis, 299 cum Amendola e de Luca.

Quid juris sotto i principî del codice attuale? I signori Magliano e Carrillo (t. 3, p. 79) sostengono che la caducità della istituzione produce quella della sostituzione, e la loro dottrina posa sul seguente ragionamento. « La sostituzione fedecommessaria espressa » non contenere la volgare è un sentimento fra tutt'i dottori ricevuto, non avendo tale » estenzione appoggio nè nella costituzione di Antonino e Vero, nè in verun'altra legge: » anzi non comprendersi la tacita volgare neppure nella sostituzione compendiosa, quan» do questa non sia fatta con parole dirette, è anche loro comune sentenza: Fusario *de* » *subst. qu.* 239 ».

La dottrina de' lodati comentatori non ci sembra adottabile, ed all'uopo presenteremo le nostre riflessioni.

Primamente ricordiamo ciò che nel § 1 di questa nota abbiamo esposto, di non concernere la disposizione dell'art. 945 la sostituzione pupillare de' romani, e quindi la riferita controversia, se la pupillare sostituzione contenga la volgare è presso di noi perfettamente oziosa. La quistione adunque s'impegna sotto il punto di veduta, se la caducità della istituzione del gravato produce quella della sostituzione; o in altri termini, se rendendosi caduca la istituzione del minore istituito, o per la sua morte prima del testatore, o per la rinunzia, o per la sua incapacità, il fedecommesso di cui la istituzione era gravata perisce per la caducità della istituzione. Ci sia permessa una rapidissima esegesi del dritto antico su questa controversia.

Il dritto romano distingueva le eredità gravate di fedecommesso, da' legati gravati anche di fedecommesso. Trattandosi di una eredità, come la istituzione di erede *erat caput et fundamentum totius testamenti*, la caducità della istituzione gravata produceva quella del fedecommesso; l. 81, ff. *de legatis.* 2.°, l. 39, § 3, ff. *de administratione et periculo tutorum.* Due eccezioni si facevano a questa regola; 1.° Ne' testamenti militari, l. 13, § 4, ff. *de testamento militis*, l. 42, ff. *de fideicommissariis libertatibus*; 2.° La clausola codicillare faceva sussistere il fedecommesso, quantunque l'istituito era morto senza adizione, perciocchè convertendo il testamento in codicillo, escludeva la necessità della istituzione—In quanto a' legati, l'antico dritto romano disponeva, che renduto caduco il legato, la sostituzione di cui era gravato svaniva, perciocchè si considerava di non avere il testatore ordinata la restituzione, se non in quanto la persona nominata là facesse da se medesima dopo aver raccolto. Ma questo principio fu cangiato dall'imperatore Severo, e si stabilì per regola generale, che il peso del fedecommesso passasse a colui che profitterebbe de' beni in luogo del legatario gravato; l. 29, § 2, l. 61, § 1, ff. *de legatis* 2°; l. 4, C. *ad Trebellianum*; l. 1, § 4 e 9, C. *de caducis tollendis.*

Oggi, che l'istituzione di erede à l'effetto di un legato; oggi ch'è esclusa la necessità della istituzione per la validità del testamento; oggi che la premorienza, la rinuncia, l'incapacità qualunque dell'erede non vizia il testamento, non vediamo la ragione, per la quale, stante la incapacità o rinunzia dell'istituito minore, il sostituito non deve profittare del legato. Essendo il titolo costitutivo del fedecommesso valido, malgrado la caducità del legato, non v'à altro a ricercare, che l'intenzione del testatore. Ora, è evidente che il testatore non à voluto che la sostituzione fosse estinta, solo perchè il minore istituito, troverassi incapace o rinunziante. Egli à preferito il fedecommessario all'erede legittimo del minore, verificandosi la costui morte prima dell'anno diciottesimo. Ha dunque voluto che, se il legatario gravato non raccogliesse, la cosa sostituita non lasciasse di passare al fedecommessario.

V.

Non richiedendo l'art. 945 la trascrizione della sostituzione, contiene perciò una imperfezione.

Chiudiamo le nostre riflessioni all'art. 945 coll'osservare, che in questo punto di dritto i compilatori delle *leggi civili* ànno omesso di determinare le formalità estrinseche, val dire la trascrizione, di cui avrebbero bisogno le sostituzioni per avere il loro intero effet-

gono a famiglie di conosciuta nobiltà del regno delle Due Sicilie; salve tutte le altre disposizioni che potranno in seguito esser date relativamente alla nobiltà (1).

---

to. Il sistema di pubblicità domina in tutte le parti della legislazione, l'interesse de'terzi e la sicurezza delle contrattazioni richiedono, che la disposizione che contiene una sostituzione nel senso dell'art. 945 sia trascritta nella conservazione delle ipoteche, affinchè coloro che contrattano col minore abbiano conoscenza che i beni sono sottoposti alla condizione risolutiva della sostituzione, laddove il minore muoia prima degli anni 18. Così può avvenire, che istituito erede un minore col vincolo della sostituzione laddove morisse prima degli anni 18, il tutore domanderà al tribunale il permesso di alienare un fondo compreso nella disposizione, o pure per estinguere debiti propri del minore (*) di gravarlo d'ipoteca, ed il Tribunale accorderà la chiesta autorizzazione. Il terzo di buona fede compra il fondo, o dà a mutuo il suo danaro, rimanendo ipotecato il fondo. Avvenendo che il minore muoia prima de' 18 anni, il sostituito senza quistione riprende i fondi liberi da ipoteche contratte nell'interesse del minore, art. 1136 e 2011. E chi non vede, che per non essersi la sostituzione sottomessa alla formalità della trascrizione, può divenire un semenzaio di litigi, d'inganni per i terzi? Se nelle sostituzioni fedecommessario permesse dagli art. 1003 e 1004, il legislatore à preso delle misure negli art. 1026 e seg. per assicurare la pubblicità delle sostituzioni, è una grave omissione non avere preso le stesse misure nel caso della sostituzione permessa dall'art. 945. Sicchè facciam voti, perchè il legislatore prescriva la pubblicità della sostituzione, obbligando il sostituito a render pubblica la sostituzione, sotto pena di potersi opporre la mancanza di trascrizione da'terzi che ànno contrattato col minore, nello stesso modo che gli art. 1026 e seg. pronunziano le pene per la omissione della trascrizione nel caso della sostituzione permessa dagli art. 1003 e 1004.

(1) I. Un fedecommesso graduale, successivo, perpetuo, fatto collo scopo di conservare il nome e lo splendore di una casa, e destinato per sempre al primogenito della famiglia, chiamasi *majorasco*.

Giovanni Torre nel suo accreditato trattato de' majoraschi d'Italia, *de primogen. ital.*, à presentato l'origine de' majoraschi. I majoraschi non vengono dai romani, a' quali era ignota questa specie di sostituzione. L'uso se ne introdusse in Italia, nel tempo che i Re di Francia Pipino e Carlomagno s'impadronirono di questa regione. Nella Spagna s' introdussero più tardi che in Italia, ma i majoraschi riconosciuti in queste due diverse contrade eran interamente diversi. Così nella Spagna non era il primogenito più prossimo dell'ultimo possessore che raccoglieva il fedecommesso; ma bensì il primogenito del ramo, val dire, il rappresentante del primogenito che avrebbe raccolto, se avesse vivuto. Possono riscontrarsi in Molina *de hispanorum primogenitorum origine ac natura*, i principi su'quali eran fondati i maggiorati di Spagna.

E talmente eran dall' orgoglio dell' uomo fondati i maggiorati, che non avendo bisogno per istabilirsi di alcuna autorizzazione del Principe, non vi era proprietario che non gravava di maggiorato la sua piccola fortuna. Era in somma la istituzione de' majoraschi puramente di dritto civile, si stabiliva con testamento, come ogni altra sostituzione fedecommessaria.

Il grand' edificio della feudalità per i vizi stessi della sua interna organizzazione dovea crollare, ed i dotti, massime nel secolo passato, che infiammavano la pubblica opinione contro la feudalità di già per sè stessa discreditata, reclamavano l'abolizione di tutte quelle istituzioni che connesse all' elemento feudale, gravavano le proprietà con grave danno dell' agricoltura, dell' industria, del commercio, della popolazione, dell' armonia nelle famiglie. Quindi le voci de' pubblicisti si elevarono contro le sostituzioni fedecommessarie (vedi la pagina 78.), ed anche contro i majoraschi. Il nostro Filangieri (*scienza della legislazione*, lib. 2, cap. 4) elevò la sua voce contro le funeste conseguenze delle primogeniture, rese a' suoi tempi nel nostro regno altrettanto più micidiali, quanto che erano più frequenti. « Non ci è cittadino, egli dice, che abbia tre o quattrocento scudi di ren» dita, che non istituisca un maggiorato. Egli crede di nobilitare la sua famiglia con una » ingiustizia autorizzata dalla legge e dal costume de' grandi. Il numero de' non proprie» tari si aumenta intanto sempre di più: le sostanze si riuniscono sempre più nelle mani di

---

(*) Diciamo debiti propri del minore, poichè se l'alienazione o l'ipoteca si desse per soddisfare i debiti cui i beni sostituiti sono soggetti, è fuor di dubbio, che il sostituito dovrebbe rispettare ciò che si è fatto, l. 78, § 4, *de legatis* 2.° Ma, perchè una simile alienazione sia rispettata dal sostituito, fa di mestieri che non esistessero nell'eredità del sostituente, danaro contante o altri crediti co'quali potessersi soddisfare i debiti, *si non erat aliud in hereditate, unde debitum exolvisset*, dice la l. 38, ff. *de legatis* 1.

949. I majoraschi possono essere instituiti dagli ascendenti, sieno maschi, sieno femmine, a beneficio de' discendenti maschi.

950. Possono formarsi da' fratelli, purchè non abbiano discendenti, in favore de' loro fratelli.

951. Possono anche istituirsi dagli zii e dalle zie, quando non abbiano discendenti, in beneficio de' loro nipoti maschi.

» pochi, e quelle stesse leggi che sostengono le primogeniture e le sostituzioni, credono » di poter incoraggiare la popolazione con una tenue esenzione, accordata all'*onestà* del » padre. Esse formano un vulcano, e pretendono quindi d'impedirne le eruzioni con un » argine di vetro. . . . Il primo passo dunque, che dovrebbe darsi per moltiplicare il nu» mero de' proprietari e per ismembrare queste grandi masse che innalzano la grandezza » di pochi su la rovina di molti, sarebbe di abolire le primogeniture ed i fedecommessi, » che paiona due istituzioni fatte espressamente per diminuire nell'Europa il numero dei » proprietari e degli uomini ».

II. L'art. 896 del codice francese, proscriveva, giusta la prima compilazione, con i fedecommessi anche i majoraschi. Ma eretta la Francia in manarchia imperiale, cangiarono le idee sopra questa materia, ed all'uopo fu pubblicato il decreto imperiale de' 30 marzo, ed il senato-consulto del 14 agosto 1806. Da ciò avvenne, che il codice civile, secondo la decretazione fattane addì 3 settembre 1807, nell'art. 896 che, come abbiamo detto, contiene il divieto delle sostituzioni fedecommessarie, evvi nel secondo comma la seguente eccezione: « Nulladimeno i beni liberi formanti la dotaziono di un titolo eredita» ria, che l'imperatore avrà creato a favore di un principe o di un capo di famiglia, po» tranno essere trasmessi ereditariamente nel modo ch'è regolato coll' atto imperiale del » 30 marzo 1806, e col senato-consulto de' 14 agosto seguente ».

Da ciò il decreto imperiale del 1 marzo 1808 concernente i majoraschi. Giova riportarne i motivi per conoscere lo spirito de' majoraschi odierni, che non si oppongono al sistema generale delle sostituzioni vietate.

« I decreti del 30 marzo 1806 ed il senato consulto del 14 agosto dell'anno medesimo, » ànno stabilito de' titoli ereditari con trasmissione de' beni à quali sono addetti. L'ogget» to di questa instituzione à stato, non solamente di circondare il nostro trono dello splen» dore che conviene alla sua dignità, ma anche di nudrire nel cuore de' nostri sudditi una » lodevole emulazione, perpetuando illustri reminiscenze, e conservando all'età futuro la » immagine sempre presente delle ricompense lo quali sotto un governo giusto, tengon die» tro a' grandi servigi renduti allo stato—Desiderando di non differire più a lungo gli av» vantaggi assicurati da questa grande instituzione, noi abbiamo risoluto di regolare i » mezzi di esecuzione propri a stabilirla ed a garantire la sua durata—La necessità di con» servare nelle famiglie i beni addetti al mantenimento de' titoli, impone il dovere di ec» cettuarli dal dritto comune, e di sssoggettarli a regole particolari le quali, nel tempo » stesso che ne impediranno l'alienazione o lo smembramento, preverranno gli abusi ma» nifestando a tutt' i nostri sudditi la condizione, nella qualo questi beni sono collocati. » In conseguenza, o come l'art. 8 del senato-consulto del 14 agosto 1806 stabilisce che » sarà provveduto con regolamenti di amministrazione pubblica, all'esecuzione del det» to atto, e specialmente in ciò che riguarda il godimento e la conservazione, tanto del» le proprietà riversibili alla corona, che di quelle sostituite in virtù dell' art. qui sopra » menzionato, noi abbiamo risoluto di determinare i principî della formazione de' majora» schi, sia ch'essa abbia luogo a motivo de' titoli che avremo conferiti, sia che abbia per » oggetto que' titoli di cui la nostra munificenza avrebbe, in tutto o in parte composta la » dotazione—Noi abbiamo voluto parimente stabilire le eccezioni che distinguono i majo» raschi da' beni regolati dal codice civile, le condizioni della loro instituzione nelle fa» miglie ed i doveri imposti à que' che ne godono ».

Sono quest' i motivi che determinarono la istituzione de' majoraschi in Francia col decreto del 1 marzo 1808, diviso in cinque titoli. Il primo titolo avea per oggetto di determinare *le forme da seguirsi da parte di coloro che sono autorizzati a trasmettere il loro titolo, formando un majorasco*. Il secondo titolo risguardava *le forme da seguirsi per i majoraschi creati, sia di proprio moto, sia sulla domanda di quelli che ànno il dritto di richiedere la trasmissione*. Il titolo terzo concerneva *gli effetti della creazione de' majoraschi*. Il titolo quarto stabiliva *l'autorizzazione di alienare i beni addetti a' majoraschi: le forme di quest' autorizzazione, e del rimpiego*. Il titolo quinto conteneva *delle disposizioni generali*—Con decreti da' 24 giugno, 2 e 28 dicembre 1808, 17 maggio, 4 giugno, 2 febbrajo 1809, 4 maggio 1809, 3 marzo e 3 maggio 1810, 11 giugno 1811, 3 gennajo, 24 agosto, 14 ottobre e 22 dicembre 1812, completarono il sistema de' majoraschi.

952. I majoraschi saranno tramsessibili nella sola discendenza legittima e naturale del primo istitutore, o in quella dell'istituito, da qualunque di essi comincerà il majorasco, a'termini dell'atto di fondazione, per ordine di primogenitura, col dritto di rappresentazione nella linea maschile di maschio in maschio.

All'ultimo possessore della linea retta, che muoia senza figli o discenden-

---

III. Introdotto il codice francese presso di noi, gli antichi majoraschi che s'instituivano ad arbitrio della volontà del testatore caddero per effetto della legge abolitiva de'fedecommessi. Quel governo introdusse i nuovi majoraschi a somiglianza di quelli creati dallo statuto Imperiale di Francia, ossia i majoraschi foron diretti unicamente dallo scopo politico dello splendore della corona, e dovevano adattarsi alla organizzazione politica del nuovo governo. Fu quindi con legge de'21 dicembre 1809, fondamentale de'majoraschi, stabilita l'autorizzazione per la formazione de' majoraschi; il modo di formarli; le persone che vi erano chiamate e loro obblighi; il Consiglio de'majoraschi e sue attribuzioni; concessione che si faceva con reali diplomi; loro trascrizione nella conservazione delle ipoteche; pensioni su'majoraschi; estinzione de'majoraschi; giuramento da prestarsi da'concessionari. Il decreto del 16 Febbrajo 1810 stabilì le disposizioni intorno alla istituzione de'majoraschi. Il decreto del 10 gennajo 1812 dettè il regolamento per la esecuzione della legge del 21 dicembre 1809. Il decreto del di 8 maggio 1813 dette le disposizioni intorno al *domicilio legale* de' possessori di majoraschi. E finalmente con decreto de'28 novembre 1813 si emanarono le disposizioni per la discussione degli affari contenziosi relativi a'beni soggetti a majorasco.

IV. Caduta l'occupazione militare, il Re Ferdinando I con legge del 5 agosto 1818 decretò una nuova istituzione di majoraschi. I motivi che determinarono questa legge sono così espressi: « Volendo conciliare coll'utile generale, che dall'abolizione de' fedecom-» messi risulta agli amatissimi sudditi, i riguardi dovuti alla conservazione ed allo splen-» dore delle nobili famiglie del regno. Considerando che un oggetto così interessante pel » nostro real animo non può altrimenti conseguirsi, che colla istituzione de' maioraschi, » ove la medesima sia limitata da provvide disposizioni e non si opponga a' benefici ef-» fetti della nostra legge relativa a'fedecommessi » — Questa legge accompagnata da un regolamento della stessa data venne trasfusa nella presente sezione delle *leggi civili* (*), le cui disposizioni debbono congiungersi con la legge del 17 ottobre 1822, col decreto de'9 agosto 1824, con la legge del 29 ottobre 1825, e col decreto de' 12 agosto 1832, le quali ne formano una parte integrale, e meritano di essere qui riferite, per avere sotto un colpo di occhio tutte le disposizioni che concernono i majoraschi.

Prima però di riferire questi atti legislativi, conviene per intelligenza dell'art. 948 che richiede per la formazione de' majoraschi il requisito di nobiltà nella persona del petizionario, percorrere rapidamente ciò che concerne la nobiltà del regno.

Non penetreremo nelle erudite ricerche sulla origine della nobiltà, e sulle prerogative accordate ne'tempi passati al carattere di nobile. Diremo solo, che le antiche famiglie nobili dovevano le loro distinzioni al possesso de' feudi ed all'esercizio de' grand' impieghi. La nobiltà prese certamente nella volontà de' Re la sua sorgente, poichè la stessa nobiltà feudale o di sangue derivava dalla volontà del Principe che nobilitando uno con un feudo, trasmetteva alla discendenza del feudatario le prerogative della nobiltà.

Montesquieu (*esprit des lois*, lib. 2, cap. 4, e lib. 5, cap. 9) insegnava con gli altri pubblicisti, che la nobiltà entra in qualche modo nell'essenza della Monarchia. Elevato il regno a Monarchia da Ruggiero, questi circondò il trono di distinti personaggi, creando ordini distintivi di nobiltà. Ordini maggiori di nobiltà crebbero sotto gli Angioini dominati dalle idee della cavalleria francese, e Napoli fino al 1800 à avuto i suoi sedili, i quali, tra le altre loro prerogative, erano intesi a conservare lo splendore della nobiltà delle famiglie che vi erano aggregate; su di che è a vedersi Tutini *dell'origine de' Seggi*. Finalmente, dopo la caduta del governo viceregnale, i nostri Sovrani avendo a cuore il lustro della nobiltà generosa (**) stabilirono: 1.° Che la nobiltà *generosa* era quella, che

---

(*) I majoraschi con decreto del così detto novilunio de' 13 gennaio 1821 furono aboliti; ma questo decreto rimase annullato per effetto del decreto del 6 aprile 1821 che annullò tutti gli atti emanati dal 5 luglio 1820 al 20 marzo 1821.

(**) Trovavasi per effetto della legge del 25 gennajo 1758 dal Re Carlo III divisa la nobiltà in tre differenti classi. La prima classe consisteva nella nobiltà che chiamavasi *generosa*, e si verificava allora quando nella continuata serie de'secoli una famiglia giungeva a possedere qualche feudo nobile, o che per legittime prove costava ritrovarsi la medesima ammessa tra le famiglie nobili di una città regia,

ti maschi di maschio, succederà il primogenito maschio di maschio della linea prossima all'ultimo possessore, di cui sia zio paterno, o fratello, o anche in maggiore distanza; purchè sia primogenito nella sua linea, e sia nel ramo che prossimamente si distacca, e si è distaccato dalla linea retta primogeniale dell'ultimo possessore: dovendo formare tutti i maschi di qualunque ramo o linea una sola linea di qualità maschile, per succedere con quell'ordine che sopra si è indicato, misurandosi sempre la prossimità e la qualità di primogenito col dritto di rappresentazione. Sono sempre, e per modo di regola, escluse tanto le femmine, che i discendenti per mezzo di femmina.

---

derivava o da lungo possesso di feudi, o da titoli conceduti dalla reale munificenza, o da supremi gradi occupati nella milizia, nella magistratura, o nella dignità ecclesiastica: *dispaccio del 1 dicembre 1770*; 2.° Che l'aggregazione alla nobiltà che si faceva dai nobili di una piazza si considerava come una testimonianza e perizia, e non era operativa senz' approvazione sovrana: *dispacci de' 19 febbrajo 1747 e 3 dicembre 1757*; 3.° Che nelle aggregazioni a' sedili non potea tenersi alcun conto delle ricognizioni o riuunce che si facessero a favore de' pretensori: *dispaccio del 9 ottobre 1781*; 4.° Che nel corso del tempo necessario per acquistar la nobiltà si richiedeva che il padre e l'avo del pretensore avessero vissuto nobilmente senza mai esercitare ufizi o arti vili, e concedendosi dal Re la grazia di poter essere uno aggregato alla nobiltà di qualche luogo, non ne derivava perciò lo nobiltà *chiusa*, quando la stessa non esistesse: *dispacci de' 16 ottobre 1743 e 30 aprile 1745*.

Le catastrofe politica del 1799 determinò il governo ad abolire le unioni: con Prammatica promulgata in Palermo nel dì 25 marzo 1800 furono aboliti i *Sedili* dalla città di Napoli; e con editto del 29 aprile dello stesso anno fu creato un nuovo tribunale, col nome di *Tribunale conservatore della nobiltà del regno di Napoli*, composto di un presidente e sei consiglieri, il cui instituto era di mantenere illesa la purità e distinzione delle famiglie nobili, conservare vivi nella nobiltà i principi di onore, fedeltà e valore, ed eseguire e proporre gli ordini opportuni per così grandi oggetti. Fu quindi dato l'incarico a questo tribunale: 1.° Di formare un esatto registro di tutte le famiglie ch'erano ascritte a'sedili di Napoli; quale registro fosse chiamato *libro d'oro della nobiltà napolitana*: 2.° Di formarsi altro libro, nel quale si contenessero le famiglie non ascritte ne' detti sedili, e che possedevano feudi ol di là di dugento anni; 3.° In altro libro annotarsi ed aggregarsi le famiglie, o persone domiciliate in Napoli, alle quali erasi conceduto l'ordine di Malta di *giustizia*: 4.° Nell'ultimo dovevansi notare tutte le famiglie o persone domiciliate in Napoli ch'erano ascritte fra gli ordini de'feudatari, o di Malta, e non trovavansi registrate nel libro d'oro. Venne anche ordinato di doversi con la sovrana approvazione togliere dalla classe de' nobili que' che meritavano di essere cassati; di doversi le gesta, i tratti di valore e di fedeltà de'nobili verso il principe e verso la patria promulgare colle stampe, e di formarsi in fine le imprese secondo le diverse classi de' nobili, dietro l'approvazione sovrana.

La legge del 2 agosto 1806, abolitiva della feudalità, conservò la nobiltà ereditaria.

---

nella quale sia una vera separazione dalle civili, e molto più dalle famiglie popolari, o pure sempre che avea l'origine da qualche ascendente, il quale per la gloriosa carriera delle armi, della toga, della chiesa, o della corte avesse ottenuto qualche distinto e superiore impiego, o dignità, e che i suoi discendenti per lo corso di lunghissimo tempo si fossero mantenuti nobilmente, facendo onorati parentadi, senza mai discendere ad uffizi civili, o popolari, nè all'esercizio di arti meccaniche ed ignobili.

La seconda classe di nobiltà era quella che si diceva di *privilegio*, e la godevano tutti coloro che pei loro meriti, e servigi personali prestati allo stato ed alla corona, giungevano ad essere promossi dalla munificenza del Principe a gradi maggiori ed onorifici della milizia, della toga o della corte; dovendo in questa classe di nobiltà per privilegio esser considerati e compresi tutti gli uffiziali militari maggiori e minori, e quelli i quali anche nelle altre classi di stato maggiore dell'esercito, come nella carriera ecclesiastica, e delle lettere, ed altre classi di real servizio o governo di stato, giungevano ad ottenere decorosi impieghi, i quali imprimevano carattere, o ch'erano di equivalente sfera, con la distinzione ed ordine che richiede per la sua qualità il differente maggiore, o minore rango di ciascuno.

E la terza classe di nobiltà componevasi di quelli che si reputavano nobili, chiamata *legale*, ossia civile; nel qual rango si comprendevano tutti coloro che si facevano costare esser così essi, che il loro padre ed avo vissuti sempre civilmente, con decoro e comodità, e che senza esercitare cariche o impieghi bassi e popolari, erano stati stimati gli uni e gli altri, nell'idea del pubblico, per uomini onorati e dabbene

953. Non potranno cumularsi due o più majoraschi in un solo individuo. Sarà però sempre permesso di scegliere quel majorasco che si vorrà ritenere, purchè non sia di rendita minore di quello che attualmente si ha. Gli altri majoraschi rimarranno liberi: salvo il ricorso al Re per la formazione di un majorasco maggiore.

954. La quantità de' beni da sottoporsi a majorasco non potrà eccedere la rendita imponibile di annui ducati ventiquattromila, nè esser minore di ducati quattromila.

955. Il majorasco non potrà eccedere la quota disponibile dell'institutore.

956. I beni sottoposti a majorasco debbono essere fondi rustici, e censi o

---

I titoli di *Principe*, *Conte* e *Marchese*, legittimamente conceduti, si dichiararono tramissibili a' discendenti *in perpetuo* con ordine di primogenitura, e nella linea collaterale sino al quarto grado. Il decreto del 20 febbrajo 1809 dette la norma per l'ammissione degli individui al *sedile* della nobiltà—Il Re Ferdinando I con editto del 1 maggio 1815, rinnovato con altro de' 20 dello stesso mese ed anno, promise di conservare *l'antica e la nuova nobiltà del regno;* ed indi riconobbe la nuova nobiltà del regno, quando con legge del 5 agosto 1818 *su' majoraschi* parlò di tutti coloro che fossero nell'attuale legittimo possesso di titoli per concessione in qualunque tempo avvenuta. E finalmente con decreto dei 23 marzo 1832 il Re Ferdinando II promise una apposita legge sulla nobiltà e su' titoli correlativi, ed intanto stabilì una commissione col titolo di *real commissione de' titoli di nobiltà*, la quale à nelle sue attribuzioni tutto quello che in fatto di nobiltà o de' titoli apparteneva alle antiche autorità.

Dato questo rapido cenno sulla nobiltà, per l'intelligenza dell'art. 948, passiamo a riferire le leggi che formano il complemento delle disposizioni contenute in questa sezione sui majoraschi.

Legge del 17 ottobre 1822 concernente la instituzione de' majoraschi.

Volendo agevolare nel nostro regno delle Due Sicilie la instituzione de' majoraschi che conservando le famiglie di quelli tra i nostri sudditi a' quali per nobiltà di origine o per importanti servizi a Noi renduti avremo conceduta questa distinzione, assicurano sempre più lo splendore del trono ed eccitano una lodevole emulazione. Sulla proposizione ec. Abbiamo risoluto di sanzionare, e sanzioniamo *la seguente legge.*

Art. 1. La rendita imponibile de' beni da sottoporsi a majorasco è fissata nel massimo ad annui ducati trenta mila, o nel minimo ad annui ducati due mila.

2. Potranno essere sottoposti a majorasco le inscrizioni sul gran libro del debito pubblico, quante volte sieno state immobilizzate (v. nel t. 1, nota 1, p. 132).

3. Le rendite saranno immobilizzate mediante dichiarazione che verrà fatta dal proprietario per atto da rogarsi da uno de' notai certificatori, ed osservate le altre formalità che si usano per le rendite che s' immobilizzano da' contabili per la loro garentia verso il governo, o da' particolari per evizione di una promessa obbligazione.

4. Queste rendite saranno inscritte sul gran libro al nome dello institutore del majorasco col distintivo *conto del majorasco instituito da N. N.;* e quando trattasi di chiamati, al nome de' medesimi, coll'aggiunta *conto del majorasco instituito da N. N.* Siffatte inscrizioni essendo di lor natura incommerciabili, non potranno esser date per cauzioni dei contabili dello Stato, e non potranno esser trasferite se non a' chiamati nel majorasco: e ciò in forza di decisione o di ordinanza dell'autorità competente, che ne disporrà la intestazione. Lo stesso sarà praticato quante volte il majorasco rimarrà risoluto ne' casi preveduti nel libro III titolo II capo V sezione VII delle *leggi civili* del nostro codice per lo regno delle Due Sicilie.

5. Negli estratti d'inscrizioni che saranno rilasciati, verrà espressamente marcato il vincolo dell'inalienabilità.

6. Sarà in facoltà del primo institutore, quando il majorasco incominci da lui, e de' chiamati successivi di permutare in tutto o in parte le inscrizioni soggette a majorasco in compra di fondi rustici, o censi o canoni sopra terre. Questa permuta dovrà esser fatta a' termini dell' art. 959 delle *leggi civili*, e colle forme prescritte nel regolamento de' 5 di agosto 1818.

7. Potranno cumularsi due o più majoraschi in un solo individuo senza limitazione alcuna.

canoni sopra terre. Tutti i suddetti beni dovranno essere di libera proprietà, non soggetti ad alcuna restituzione, e specialmente designati nell'atto della costituzione del majorasco.

957. Il majorasco dovrà esser libero da qualunque ipoteca anche eventuale. Nulladimeno i beni gravati d'iscrizioni ipotecarie per effetto d'ipoteche generali costituite in tempi in cui sono state dalle leggi permesse, o d'ipoteche speciali per crediti non esigibili tra un triennio, potranno entrare nella composizione del majorasco, quando gli altri beni del fondatore offrano una sicurezza bastevole a garentire il majorasco dall'effetto delle suddette iscrizioni. Se la iscrizione abbia per causa un dritto eventuale, o un credito non

---

8. Lo institutore di un majorasco che cominci da se, potrà riserbarsi la facoltà di chiamare al godimento di esso quello de' di lui figli maschi che stimerà di prescegliere. Questa destinazione dovrà seguire per atto tra vivi, o di ultima volontà: e nel caso in cui non abbia luogo, s'intenderà prescelto il primo tra i suoi figli, o quegli che lo rappresenta.

9. Lo institutore di un majorasco che non cominci da se, potrà ritenere in tutto o in parte l'usofrutto de' beni che avrà sottoposti a questo vincolo.

10. Sarà nella facoltà dello institutore d'un majorasco di aumentarne la rendita sino alla rendita imponibile di annui ducati trentamila. Questo aumento potrà pure aver luogo in una o più volte.

11. Negli aumenti e nelle cumulazioni della rendita di un majorasco saranno osservate le stesse forme che sono prescritte per lo stabilimento de' majoraschi.

12. Gl'instituturi de' majoraschi potranno gravar la rendita de' beni a' medesimi soggetti di vitalizi in favore de' loro conjugi, figli, o altri parenti. Questi vitalizi non potranno però ridurre la rendita libera del majorasco al di sotto di quella ch'è fissata per lo minimo nell'artic. primo.

13. Potranno chiamarsi successivamente al godimento di un majorasco più individui e le loro discendenze ne' termini della legge.

14. La disposizione dell'art. 949 delle *leggi civili* è applicabile a' genitori adottivi; e quello espresso nell'art. 951 dello stesse *leggi* si estende a' prozii ed alle prozie.

15. Nello eseguirsi la disposizione contenuta nell'art. 9 del regolamento de'5 di agosto 1818 relativa alla quota di riserva, o sia legittima dovuta a' figli dello institutore d'un majorasco, le doti costituite e qualunque altra liberalità fatta dal medesimo saranno calcolate nel patrimonio di esso institutore colla norma prescritta dalle *leggi civili*.

16. Le disposizioni contenute in questa legge sono considerate formar parte integrale delle disposizioni delle *leggi civili* su' majoraschi.

Decreto del 9 agosto 1824 intorno alle formalità richieste per la inscrizione delle domande relative alla istituzione de' majoraschi.

Veduti gli art. 946 e seg. delle *leggi civili* relativi a' majoraschi.
Veduto il regolamento del 5 agosto 1818 per la istituzione de' majoraschi.
Veduto l'art. 15, num. 9 della legge del 14 giugno corrente anno relativamente all'esame delle domande per la istituzione de' majoraschi (1).
Considerando che non può darsi luogo ad un regolare esame delle dimande per majoraschi senza che sieno precedentemente adempiute le formalità all'uopo prescritte dal citato regolamento del 5 agosto 1818; e che le Consulte per ragione di loro istituzione non possono occuparsi di tale istruzione.
Sulla proposizione ec.

Art. 1. Il nostro Procurator Generale presso la suprema Corte di giustizia residente in Napoli, ed il nostro Procurator Generale presso la Suprema Corte di giustizia residente in Palermo sono rispettivamente incaricati dello istruzione sulle dimande per majoraschi ai termini del regolamento del 5 agosto 1818, secondo che tali domande riguarderanno beni siti ne' nostri reali dominii al di quà o al di là del faro.

2. Il Procurator Generale presso l'una o l'altra Suprema Corte di giustizia potrà delegare a' termini delle nostre leggi sull'ordinamento giudiziario, ad uno degli Avvocati ge-

---

(1) Con legge del 14 giugno 1824 fu organizzata la Consulta del Regno, e fra le altre sue attribuzioni ebbe quella di dare il suo avviso *sulle domande per istituzione de' majoraschi*.

esigibile fra un triennio, la garentia sarà giudicata sufficiente, quando la somma de'beni per quella designati presenterà l'equivalente del valore del dritto suddetto, o del capitale non ancora esigibile, calcolandosene la rendita alla ragione del tre per cento.

958. Quando i beni giudicati sufficienti nel tempo della costituzione de'majoraschi non si trovassero tali nel tempo della morte del fondatore; o per diminuzione che abbia sofferto il di lui patrimonio; o perchè i figliuoli non trovino l'intera loro porzione legittima nella eredità libera, non s'intenderà mai pregiudicato il dritto de' figliuoli: e la porzione legittima di ciascuno, non esclusa quella dello stesso chiamato al majorasco, sarà precapita libera da

---

nerali, e volta per volta il disimpegno delle funzioni che gli sono state conferite col precedente articolo.

3. I suddetti Procuratori generali non potranno spiegare l'esercizio delle cennate funzioni senza esservi superiormente autorizzati per via della nostra Segreteria e Ministero di Stato di grazia e giustizia, cui dovranno altresì far pervenire i loro rapporti sull'oggetto.

Legge del 29 ottobre 1825 tendente ad agevolare la istituzione de' majoraschi.

Art. 1. La moglie dell'institutore di un majorasco in favore della discendenza comune, in somma permessa dalla legge, potrà concorrere ad aumentare la rendita di questo majorasco colla parte disponibile de'suoi beni dotali, o estradotali.

2. La disposizione cui la moglie dell'istitutore di un majorasco potrà dar luogo per l'articolo precedente, non sarà obbligatoria per la medesima durante la sua vita; ma produrrà tutti gli effetti dal giorno della sua morte, purchè prima non l'abbia variata.

3. Qualora alla morte della donna la porzione de' beni che ne sarà stata messa per aumentare la rendita del majorasco, si trovi caducata, resterà il majorasco nella somma che si sarà costituita dal marito; salva anche per questo majorasco il caso della caducità, ai termini della legge.

4. L'istitutore del majorasco in somma permessa dalla legge, il quale cominci da lui, e che avendo due o più figli, siesi riserbato chiamarvi al godimento quello tra essi che atimerà di prescegliere, a' termini dell'art. 8 della legge de' 17 ottobre 1822, potrà aumentare la rendita di tale majorasco co'beni componenti la legittima del figlio, sempre che però la rendita de'beni che l'istitutore avrà affetti al majorasco, sia per lo meno il doppio della rendita de'beni della legittima sottoposti al majorasco.

5. Il figlio cui sarà stata imposta questa condizione, potrà a suo arbitrio rinunziare al majorasco, e ritenere la legittima alla quale avrà dritto.

6. L'istitutore del majorasco potrà disporre che nel caso di rinunzia del figlio che avrà prescelto, il majorasco passi ad altro figlio colla medesima condizione, e così successivamente per tutt'i suoi figli. Ove questa condizione non sia accettata da alcuno de'figli, il majorasco cederà in beneficio del figlio prescelto, a'termini dell'art. 8 della legge de' 17 ottobre 1822, quante volte non vi sia altra prescrizione del istitutore del majorasco in contrario.

7. Il termine accordato a'figli per accettare o rinunziare la disposizione paterna, è quello stabilito dalla legge per fare l'inventario e per deliberare.

8. Sia che la moglie concorra all'aumento del majorasco a'termini dell'art. 1, o che il majorasco sia aumentato co' beni componenti la legittima del figlio, a'termini dell'art. 4, la rendita del majorasco, compresa quella derivante dall'aumento, non potrà eccedere il massimo stabilito dalla legge.

9. Le disposizioni contenute io questa legge sono considerate formar parte integrale delle disposizioni delle *leggi civili* su' majoraschi.

Decreto de' 12 agosto 1832 intorno alle domande tendenti a permutare, alienare o ipotecare i beni soggetti a majorasco.

Volendo provvedere all'esecuzione dell'art. 13 del regolamento de'5 di agosto 1818.

Art. 1. Le disposizioni contenute negli art. 947 delle *leggi civili* e 15, n. 9 della legge de' 14 giugno 1824, e nel decreto de'9 di agosto del medesimo anno, relativamente alla instituzione de'majoraschi, saranno altresì provvisoriamente osservate ne'casi di dimande per permutare, alienare, o ipotecare i beni soggetti a majorasco.

qualunque vincolo. Quante volte il majorasco per effetto di tale precapienza non conservi la rendita di ducati quattromila, si avrà come *ipso jure* disciolto.

959. Le vendite, le permute e le altre alienazioni di tutti i beni sottoposti a majorasco; o di una porzione de'medesimi, saranno nulle, nè produrranno alcuno effetto, quando non sieno state fatte ne'casi di necessità o di utilità, e non sieno state eseguite colle forme prescritte nel regolamento de'5 di agosto 1818.

Questa disposizione è del pari applicabile alle ipoteche di cui vorranno gravarsi gli stessi beni.

960. I successori a'majoraschi sono obbligati a pagare i seguenti debiti de'loro antecessori; pe'quali i creditori s'intendono aver privilegio sulle rendite del majorasco.

1.° Le spese giudiziali.

2.° Le spese funerali.

3.° Tutte le spese di ultima infermità, in proporzione eguale fra quelli da cui son dovute.

4.° I salarj delle persone di servizio per l'ultimo semestre decorso, e quelli dovuti per lo mese corrente.

5.° Le somministrazioni di sussistenze fatte all'antecedente possessore del majorasco ed alla sua famiglia pel corso di un anno, salvo il caso che siavi prescrizione di tempo minore.

Se i debiti di sopra enunciati sieno del padre dell'attual possessore, ancorchè non sia stato godente del majorasco, o della madre, dovranno con egual privilegio esser soddisfatti dalle rendite del majorasco.

6.° Le spese per le ricostruzioni o riparazioni di edifizj inservienti a fondi, canali, o di qualunque opera di simil natura, fatte ne'fondi del majorasco, sia che la somma si debba agli stessi architetti, appaltatori, muratori ed operaj, sia che si debba ad altri che abbiano per tale oggetto prestato danajo; purchè le ricostruzioni e riparazioni sieno a carico degli usufruttuarj, e non della proprietà.

Tutti questi pagamenti sono forzosi fino alla concorrenza di un'annata di rendita da soddisfarsi nel corso di due anni; salvo al possessore il regresso contro i beni liberi de' mentovati debitori.

961. Se in morte del possessore del majorasco, oltre del primogenito cui si trasmettono i beni, vi sieno altri figli secondogeniti, potranno costoro reclamare una pensione alimentaria sulle rendite del majorasco, quante volte non abbiano beni di loro pertinenza, onde poter vivere con decenza. Detta pensione sarà definita secondo le circostanze, attenendosi sempre ad una quantità minore della rendita corrispondente alla quota che sarebbe spettata a'detti secondogeniti su'beni del majorasco, ove questi fossero stati liberi.

962. Essendovi figlie femmine, in difetto di beni sufficienti per maritarle decentemente, sarà dovuta anche alle medesime la dote che verrà dedotta dalle rendite del majorasco in tante rate eguali, da non eccedere lo spazio di dieci anni.

Avranno eziandio prima del matrimonio dritto agli alimenti, ove d'altronde non abbiano mezzi da sussistere.

963. Se il possessore de'beni del majorasco avrà permesso alla moglie nel contratto matrimoniale la sopravvivenza, i beni del majorasco vi saranno obbligati in mancanza di beni liberi, ma non oltre il sesto della rendita, a cui il successore dovrà adempire.

SEZIONE VIII.

De' legati a titolo universale.

V. gli art. 537, 928 e 968.

964. Il *legato a titolo universale* è quello, col quale il testatore lega una quota parte de' beni di cui la legge gli permette di disporre, come sarebbe la metà, il terzo, ovvero tutti i suoi immobili, o tutti i mobili, o una quota parte degli uni e degli altri.

Qualunque altro legato non forma se non una *disposizione a titolo particolare* (1).

---

(1) Nelle eredità che si deferiscono per volontà dell'uomo, le disposizioni non possono essere che di tre sorte. O sono *universali*, o sono a *titolo universale*, o sono a *titolo particolare*, art. 928. Nella nota 1, alla p. 53 abbiamo esposto il fondamento di questa distinzione, secondo il sistema della nuova legislazione; nella nota 1, alla pag. 57 abbiamo sviluppato l'oggetto di questa distinzione, e la definizione del legato universale. Qui cade in acconcio di spiegare ciò ch'è il legato *a titolo universale*, ed il legato *a titolo particolare*.

Dalla definizione che l'art. in esame dà del legato a *titolo universale*, e da quella che l'art. 929 à dato del legato *universale*, spiegata nella nota 1, pag. 57, si può benissimo in una disposizione distinguere il legato universale dal legato a titolo universale o del legato particolare, potendo indubitatamente il testamento contenere un legato universale, un legato a titolo universale, ed un legato a titolo particolare, come risulta dal complesso degli art. 792, 935, 965 e 966. Un legato, si raccoglie dagli art. 964 e 967, è a titolo universale: 1.° Quando comprende una quota parte di tutt'i beni indistintamente, come p. e. *lego il terzo de' miei beni a Paolo*, questo legato cade indistintamente su tutt'i beni, sieno o pur no lasciati dal disponente eredi aventi dritto a riserva; 2.° Il legato di una quota della porzione disponibile è a titolo universale: così, *lego a Tizio la metà della quota disponibile*, il legato non è che della quarta parte dell'intera eredità, se il defunto lascia figli, giacchè la disponibile nella specie è della metà, art. 829. Il legato nel proposto caso sarebbe della metà dell'eredità intera, se il figlio rinunziasse, o il defunto non lasciasse eredi della riserva, poichè in questo caso la disponibile si troverebbe essere tutta l'eredità: 3.° Il legato di tutti gl'immobili è a titolo universale; 4.° Il legato di tutt'i mobili è a titolo universale; 5.° Il legato di una quota fissa di tutti gl'immobili è a *titolo universale*; 6.° Finalmente il legato di una quota di tutt'i mobili è a *titolo universale*. In tutt'i proposti sei casi il legato è a titolo universale, sia che cada sull'usufrutto, sia sulla proprietà, art. 537 e 964. Ogni legato adunque che non cade su tutt'i beni, nè su di una quota parte de' beni, nè su tutt'i mobili, nè su tutti gl'immobili, nè su di una quota parte de' mobili o immobili, è a *titolo particolare*. Laonde il legato di una casa, di un territorio, di taluni mobili determinati, de' crediti specificati, di una somma di danaro, non è che un legato a titolo particolare; *potest quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere; veluti fundum, argentum, vestem, pecuniam numeratam*, Inst. *de singul. rebus per fideicom. relict.* Poco importa che le cose che costituiscono l'oggetto del legato, sieno di un valore significante; da che esse sono specificate, e si esce dalla regola tracciata dall'art. 964 per indicare un legato a titolo universale, la disposizione non è che a titolo particolare.

Consegue da questi principj:

1.° Che il legato di tutt'i boschi, di tutt'i campi, o di tutte le vigne, o di tutta la mobilia, di una casa con tutto ciò che vi si comprende, non è un legato a titolo universale, benchè contenga molte cose della medesima specie; ma l'è a titolo particolare, per la ragione che non contiene una quota determinata di tutti gl'immobili, o di tutt'i mobili, come il terzo o il quarto dell'una o dell'altra specie di beni che compongono l'eredità. Chabot, *traité des success.*, sull'art. 871 (792) n. 1; Grenier, n. 288; Toullier, t. 5, n. 510; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 279; Duranton, t. 9, n. 227.

2.° Che un legato può essere universale nel fatto, e non è che particolare nel dritto. Ciò avviene, se il testatore avesse nominativamente legato i fondi che possiede sul territorio del tale comune, ed intanto non lasciasse altra cosa nella successione; il legatario in questo caso, si troverebbe accidentalmente e nel fatto, legatario di tutt'i beni lasciati dal defunto, ed intanto non succederebbe che a titolo particolare. Quindi non può essere

965. I legatarj a titolo universale son tenuti a dimandare il rilascio de'beni agli eredi a'quali la legge ne riserva una quota: in loro mancanza, agli eredi testamentarj o a'legatarj universali; e mancando questi, agli eredi chiamati, secondo l'ordine stabilito sotto il titolo *delle successioni* (1).

V. gli art. 829, 831, 654, 672, 673, 674, 680, 681, 683, 684, 930, 932.

966. Il legatario a titolo universale, egualmente che il legatario universale, è tenuto a soddisfare i debiti e pesi della eredità, personalmente per la sua quota e porzione, ed ipotecariamente pel tutto.

V. gli art. 535, 537, 792, 794, 795, 796, 935, 971, 1173.

967. Quando il testatore non abbia disposto, se non di una quota della porzion disponibile, a titolo universale, il legatario sarà tenuto a soddisfare per contributo i legati particolari unitamente agli eredi legittimi (2).

V. gli art. 843, 935, 971.

---

personalmente tenuto al pagamento de'debiti creditari, poichè non rappresenta la persona del defunto, art. 792 o 979; ma come il testatore non à potuto donare i beni al legatario in pregiudizio de'suoi creditori, così essendo la successione vacante o accettata col beneficio dell'inventario, i creditori debbono essere pagati a preferenza de'legatari, art. 728, e costoro debbono soffrire la riduzione di tutto ciò che potrebbe mancare ne'beni della successione, art. 979, per pagarli interamente. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 1830 e 1844.

3.° Che il legato di una successione deferita al testatore non è se non un legato particolare, comunque considerevole possa essere, ed ancorchè formi la totalità della successione del testatore nel tempo di sua morte. Convengono in questa proposizione Delvincourt, Chabot, Duranton, t. 9, n. 230, Grenier, Toullier nel luogo citato; e solo quest'ultimo scrittore incontra difficoltà a ritenere come a titolo particolare il legato di una successione, quando dessa sola forma il patrimonio del disponente.

(1) I. Il legatario a titolo universale non è mai impossessato di pieno dritto, come lo è il legatario universale quando il defunto non lascia eredi della riserva, art. 932. Il legatario a titolo universale deve domandare il rilascio nel modo prescritto dall'art. in esame. I successori irregolari sono anche eredi (t. 1, nota 3, alla p. 279), e quindi non lasciando il defunto eredi della riserva o collaterali, bisogna che il legatario a titolo universale, non essendovi neanche legatario universale, rivolgasi all'erede irregolare che raccoglie la successione, se costui si è fatto immettere in possesso de' beni a' termini degli art. 145, 682 e 683. Se non si è fatto immettere in possesso, bisognerebbe far nominare un curatore all'eredità giacente, art. 730, contro cui agirebbe per lo rilascio il legatario a titolo universale; Toullier, t. 5, n. 551; Delvincourt, lib. 3, tit. 4 nota 282; Favard, v. *testam.*, sez. 2, § 2, n. 3.

L'art. in esame passa sotto silenzio il caso in cui in una successione essendovi un erede della riserva, un legatario universale, ed un legatario a titolo universale, a chi debbe quest'ultimo domandare il rilascio. Ma questo dubbio svanisce, osservando che l'azione deve dirigersi contro chi è debitore del legato. Or, se il legatario universale è obbligato a soddisfare tutt'i legati indistintamente, art. 935, contro di lui dev'essere diretta l'azione per lo rilascio.

Per altro, se il legatario universale ritarda a domandare dall'erede della riserva il rilascio del legato, giusta l'art. 931, gli altri legatari potrebbero agire contro l'erede che à dritto alla riserva, salva però l'azione del legatario universale, se il rilascio fosse stato concesso per connivenza o frode. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 281; Toullier, t. 5, n. 552.

Il testatore non potrebbe dispensare il legatario a titolo universale dal chiedere il rilascio. V. nel t. 1, la nota 6, p. 249, e nel t. 2, nota alla pag. 62 in princ. Sul modo come sperimentare l'azione di rilascio, vedi la nota 1, p. 104.

II. L'art. in disamina e gli altri del codice non contengono alcuna disposizione relativamente a'frutti dovuti al legatario a titolo universale. Vi sono i medesimi motivi per applicare l'art. 931 relativo al legatario universale. Grenier, n. 297; Toullier, t. 5, n. 545; Duranton, t. 9, n. 211.

(2) Gli art. 966 e 967 si occupano della contribuzione che debbono i legatari a titolo universale pel pagamento de'debiti e legati creditari.

Nel t. 1, nota 3, pag. 337 e seg. abbiamo esposto la teorica del pagamento de'debiti e pesi creditari. Qui dobbiamo aggiungere, in quanto alla contribuzione de'legatari a titolo universale, taluni sviluppamenti.

I. *Obbligazioni del legatario universale, in quanto a' debiti e pesi creditari* — I debiti ed i pesi dell'eredità gravitano egualmente sulla massa creditaria, poichè ne di-

SEZIONE IX.

De' legati particolari.

V. gli art. 964, 972, 993 a 1000.

968. Qualunque legato puro e semplice darà al legatario, dal giorno della morte del testatore, un diritto sulla cosa legata, il quale si può trasmettere agli eredi, o a coloro che hanno causa da lui (1).

---

minuiscono il valore. Tutti gli eredi quindi e successori a titolo universale debbono contribuire al pagamento di tutto ciò che gravita sul patrimonio del defunto. Questa regola generale è sancita dal complesso degli art. 791, 792, 935, 966.

Dicendo adunque l'art. in esame 966, che il legatario a titolo universale contribuisce in concorrenza del legatario universale al pagamento de' *debiti* e *pesi* dell'eredità, questa regola si applica: 1.° al pagamento delle spese di suggelli e quelle d'inventario, art. 729; a quelle di rilascio de' beni legati, art. 970; a quelle di divisione di eredità, art. 1053, p. c.; 2. alle spese funerarie, le quali debbono estimarsi, non di una maniera arbitraria e secondo tutta la pompa che l'erede avrà voluto dare alla cerimonia funebre, ma secondo le facoltà e dignità del defunto, *arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti*, l. 12, § 5, ff. *de religiosis sumptibus funer.*; 3.° Al pagamento de' legati particolari, poichè i legati sono dall'art. 643 collocati tra i pesi ereditari.

L'art. poi 967 prevede il caso della concorrenza degli eredi aventi dritto a riserva, coi legatari universali; e definisce, in quanto al pagamento *de' legati*, il contributo tra gli uni e gli altri. Notisi che l'art. parla del pagamento de' *legati*, e non si occupa del pagamento de' *debiti*, i quali gravitano su tutta la massa ereditaria, e debbono risentirne il carico anche gli eredi della riserva, come dimostrammo nel t. 1, nota 3, pag. 337 e seg. Or in quanto a' legati, dessi gravitano sulla sola quota disponibile, e l'art. 935 à perciò stabilito che nella concorrenza dell'erede della riserva col legatario universale, questi solo è obbligato a soddisfarli. Ma quando l'erede della riserva concorre con un legatario a titolo universale, il testatore non à disposto indefinitivamente della sua disponibile, e perciò l'erede della riserva deve concorrere col legatario a titolo universale a contribuire al pagamento de' legati particolari: ecco l'oggetto dell'art. 967. Quindi, se Tizio, il cui asse è di venti mila ducati, lega il quarto della disponibile a Cajo, e lascia un legato di due mila ducati a Mavio, come sarà pagato il legato particolare da Cajo e da Pietro figlio del testatore? La disponibile nel caso proposto era di ducati dieci mila, e Cajo legatario a titolo universale di un quarto della disponibile non raccoglie che 2500 ducati. Oltre la riserva, Pietro prende tre quarti della disponibile, cioè 7500 ducati. Or il legato essendo un peso della disponibile, di cui un quarto è del legatario a titolo universale, e tre quarti dell'erede della riserva, consegue che pel pagamento del legato particolare, contribuirà per un quarto il legatario a titolo universale, e per tre quarti l'erede della riserva. Quindi del legato particolare di duc. 2000, pagherà Tizio legatario a titolo universale ducati 500, e Pietro 1500.

II. Abbiamo esposto, che per regola generale i legatari a titolo universale che concorrono cogli eredi e co' legatari universali sono tenuti per contributo, *pro modo emolumenti*, a soddisfare i legati particolari. Ma vi sono de' casi in cui i legati particolari sono esclusivamente a carico degli eredi legittimi, de' legatari universali, e de' legatari a titolo universale; e perciò saviamente il Toullier, t. 5, n. 559 e 681 nella nota à osservato, che alla regola generale enunciata nell'art. 967, bisogna aggiungere l'eccezione; « purchè non risultasse dalla natura del legato o dalle circostanze, che il testatore abbia voluto che questi legati fossero soltanto a carico de' legatari universali, degli eredi naturali ». Per esempio, il testatore lega a Tizio tutt'i suoi beni mobili, ed a Mavio il fondo Corneliano; Tizio non è tenuto a contribuire al legato particolare. Il testatore lega tutt'i suoi beni mobili a Tizio, e dopo lega a Mevio la somma di mille ducati che tiene sul banco. Il legato dovuto a Mevio è interamente a carico del legatario a titolo universale di tutt'i beni mobili, come del pari egli solo profitta della caducità. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 285; Duranton, t. 9, n. 217 e 218.

(1) Questo art. stabilisce il tempo in cui i legati puri e semplici (in quanto a' legati condizionali v. gli art. 995 e 998) diventano esigibili, la condotta che deve tenere il legatario a titolo particolare per procurarsi il godimento della cosa legata; come i frutti e gl'interessi delle cose legate debbono entrare nel pagamento de' legati. Esamineremo nella nota 2, p. 109, quali azioni competono al legatario per ottenere il rilascio del legato.

Ciò non ostante il legatario particolare non potrà mettersi in possesso della

---

I.

Del tempo in cui i legati puri e semplici diventano esigibili.

I. Una rapidissima esegesi di dritto ci farà conoscere le vicende della legislazione in siffatta spinosissima materia.

Un legato è una delibazione dell'eredità, e perchè si abbia dritto ad esigerne il pagamento fa mestieri che sia certo di esser dovuto, che sia scaduto il termine pel pagamento. Di queste due condizioni erano espresse da'giureconsulti romani la prima con la frase *cedit dies*, e la seconda *venit dies*, l. 213 ff. *de V. S.*

Il legato puro e semplice quando era certo di esser dovuto per dritto romano, o in altri termini, *quando dies cedebat?* Nell'antico dritto romano tutt'i legati scadevano regolarmente alla morte del testatore. La legge Papia ne retrogrado la scadenza al giorno dell'adizione, affinchè i legati di coloro che morivano nell'intervallo, divenissero caduchi ed accrescessero perciò il tesoro del Principe, cui erano aggiudicati: *Frammenti di Ulpiano*, tit. 24, § 31. Ma Giustiniano con la legge unica § 1, C. *de caducis tollendis*, ristabilì l'antica giurisprudenza, cioè che ogni legato puro era dovuto dal dì della morte del testatore, così che per la premorienza del legatario si trasmetteva al costui erede il dritto di esigerne il pagamento.

Vediamo ora a qual epoca era per dritto romano riputato scaduto il termine de'legati puri e semplici. Siccome per dritto romano non vi poteva essere erede senza adizione, così la l. 31, ff. *de legatis* 2.° stabiliva in principio, che tutte le disposizioni testamentarie, senza condizione nè tempo, doveano essere soddisfatte dal giorno dell'adizione dell'eredità; ed in conseguenza di questo principio, la l. 7, ff. *quando dies legatorum* decideva, che il ritardo dell'erede a prendere qualità, poteva in vero differire la domanda del legato, ma non ritardare l'epoca nella quale esso era dovuto. Se l'erede non accettava l'eredità, nell'ultimo stadio del dritto romano, l'obbligo di soddisfare i legati passava all'erede intestato: v. la nota 1, alla pag. 53.

II. Il codice moderno nell'art. in disamina stabilisce in principio, che la proprietà del legato puro e semplice passa direttamente ed immediatamente al legatario dal dì della morte del testatore, nello stesso modo come nelle successioni intestate la morte del defunto apre il dritto agli eredi legittimi, i quali morendo prima di aver accettato, trasmettono il loro dritto agli eredi, art. 698. La regola dunque che *il morto impossessa il vivo* è comune alle successioni testate e legittime, e per conseguente il legatario, appena morto il testatore, può alienare la cosa legata, quantunque non ne abbia domandato il rilascio. Che perciò, se per dritto romano, si diceva che ne'legati *dies cedit* nel momento della morte del testatore, ma non *venit* che dopo l'adizione dell'eredità fatta dall'erede, oggi questa distinzione non à più luogo. Il legatario non è obbligato che l'erede accetti la successione per chiedere il rilascio della cosa legata: durante il *termine* per accettare, stabilito dagli art. 710 e seg., il legatario non può costringere l'erede a pagare il legato, poichè il pagamento del legato essendo un atto di erede, non può ne' termini esser questi obbligato ad accettare. Ma spirati i termini, il legatario può agire, e se la successione è vacante, la domanda dev'esser diretta contro un curatore destinato alla eredità giacente, art. 730.

II.

Della condotta che dee tenere il legatario a titolo particolare per procurarsi il godimento della cosa legata.

I. Sebbene sia verissimo, che la proprietà delle cose legate passi al legatario in virtù del testamento, o senza l'interposizione o il fatto dell'erede, tuttavolta ciò non produce altro effetto che quello di trasmettere il legato agli eredi del legatario ove egli muoia prima della domanda o del rilascio del legato, non che quello di far passare libera da'pesi imposti dall'erede, la proprietà della cosa legata; ma il possesso della cosa legata non à luogo *ipso jure* a favore del legatario: questi, dice l'art. in esame, à l'obbligazione di chiedere il rilascio secondo l'ordine stabilito nell'art. 965, alle cui osservazioni ci rimettiamo. Possono per altro, soggiunge l'art. in esame, coloro che debbono il legato, rilasciarlo volontariamente al legatario (*).

(*) L'adempimento de' legati pii è rimesso (purchè non vi abbia acquistato dritto una chiesa o un corpo morale) alla coscienza degli stessi debitori: *decreto del 5 agosto 1817*. L'obbligo però imposto all'e-

cosa legata, nè pretenderne i frutti o gl'interessi, se non dal giorno della sua

---

Quando il testatore à nominato un esecutore testamentario, potrebbe presentarsi la quistione, se il rilascio fatto da costui del legato di una cosa mobile metta il legatario al coverto delle persecuzioni dell'erede. Non può mettersi in dubbio che l'esecutore testamentario abbia poteri di pagare i legati mobili, poichè l'art. 981 lo dichiara impossessato de'mobili del testatore e gli dà pel tempo in cui dura l'esecuzione, azione contro l'erede per lo adempimento de'legati. Ma dall'altra parte l'erede è interessato al pagamento de' legati, e può avere delle ragioni ad opporvisi. Quindi per essere il legatario al coverto di ogni persecuzione per parte dell'erede, è necessario che lo chiami ad esser presente al rilascio, e questo mezzo serve anche a prevenire le frodi. Granier, n. 338; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 295; Toullier, t. 5, n. 553.—Quindi ben decise la Corte Suprema di Napoli con arresto del dì 7 aprile 1831 (causa *Catenari*), che il rilascio di un legato non può essere ordinato contro chi per sentenza è nominato amministratore di una eredità, quantunque egli sia uno degli eredi chiamati, poichè il legato è una delibazione dell'eredità e mena a riconoscere il testamento, da'quali fatti non possono gli eredi venire pregiudicati; l. 116, ff. *de legatis*, 1.°, art. 965 e 968.

Impossessandosi il legatario colle vie di fatto del legato, non lo perde, ma soggiace a quella pena di cui abbiamo parlato nella nota alla p. 63, n. 6.

II. L'obbligo di domandare il rilascio cessa ne'seguenti casi:

1.° Quando il legatario si trovi al momento della morte del testatore, in possesso della cosa legatagli, col consenso dello stesso testatore. Diciamo col consenso dello stesso testatore, perciocchè la via di fatto commessa durante la vita del testatore, non è meno reprensibile che se fosse posteriore alla costui morte; l. 1, § 5 ff. *quod legatorum;* Pothier, *disposit. testam.* c. 5, sez. 2, § 2; Grenier, n. 301; Toullier, t. 5, n. 541; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 295.

2.° Nel caso di un legato di liberazione, non bisogna la domanda di rilascio, per la ragione che basta la volontà del creditore per estinguere il debito, ed il debitore è per conseguenza liberato di pieno dritto alla morte del testatore. Se egli è convenuto dall'erede, gli basterà domandare l'esecuzione del testamento in forma di eccezione; l. 3, § 3, ff. *de liberatione legata;* Grenier, n. 304; Toullier, t. 5, n. 541; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 295.

3.° Il legato di una cosa mobile fatto ad un esecutore testamentario non à bisogno della domanda di rilascio, poichè l'esecutore testamentario è investito del possesso de'mobili, art. 981; e può paragonarsi a quello che la l. 9, § 7, ff. *de administratione tutorum*, dà al tutore di pagarsi da se medesimo ciò che gli è dovuto dal pupillo. Toullier, t. 5, numero 542.

4.° Se uno degli eredi istituito legatario *in re certa* (e non si mette in dubbio che si può fare un legato ad uno degli eredi, l. 17, § 2, ff. *de leg. 1.°*), fosse obbligato sotto pena di perdere i frutti, d'intentare la domanda di rilascio a'suoi coeredi, era questa sotto l'impero dell'antica giurisprudenza, una grave controversia. Il Presidente Fabro (cod. lib. 8, tit. 4, def. 2) seguendo l'opinione di Bartolo sostenne, che l'erede possa mettersi di

---

rede di far celebrare messe, anche da sacerdote designato, è un peso ereditario. Arresto della Corte Suprema di Napoli degli 11 gennajo 1827 (causa *Viscosi e Saccente*).

Un legato annuo per la celebrazione di messe da adempiersi co'frutti di un fondo designato non toglie questo dalla libertà del commercio, nè dalle mani dell'erede, ma vi impone solo un peso simile all'affezione ipotecaria che segue i fondi nelle mani di chiunque passino. E perciò non se ne può dichiarare la appartenenza ad una cappellania non nominata dal testatore, nè annullare l'enfiteusi degli eredi. Per le leggi del regno i legati pii sono dichiarati pesi dell'eredità da adempiersi *officio judicis*. Prammatica del 1798 non alterata dal decreto del 20 luglio 1818. Arresto della Corte Suprema di giustizia di Napoli del 20 gennajo 1831 (causa *del Franco e Battista*).

I beni addetti ad un legato pio laicale non possono essere tolti dalle mani degli eredi del pio testatore, de'quali è l'obbligo della celebrazione della messa: decreto del 20 luglio 1818; arresto della Corte Suprema di giustizia di Napoli del 27 novembre 1830 (causa *Ferrajoli*).

I beni addetti a'semplici legati pii si possono dividere tra i rappresentanti del defunto. Principio uniforme al decreto del 18 giugno 1827, cui non si oppone il decreto de'20 luglio 1818, perchè questo parla di padronati di benaficii, e non di legati pii. Arresto della Corte Suprema di Napoli del dì 11 gennajo 1826 (causa *Turco e Ferri*).

L'erede incaricato di pagare i legati di messe non può ottenere dilazione al pagamento, pel motivo che voglia sperimentare di ottenere l'assoluzione dal Pontefice. Arresto della Corte Suprema di Napoli del dì 26 aprile 1827 (causa *Bartoli e Fioccari*).

Benchè in qualunque diocesi si trovi fissata la somma per elemosina di messe, pure non è nulla la disposizione che ne determini la celebrazione a somma maggiore: Arresto della Corte Suprema di Napoli degli 11 gennajo 1827 (causa *Viscosi e Saccente*).

domanda fatta secondo l'ordine stabilito nell'articolo 965, o dal giorno in cui gli fosse stato volontariamente accordato il detto possesso.

---

privata autorità nel possesso della cosa legata. Grenier, n. 305 riferisce l'antica controversia, ed inclina a sostenere la dispensa della domanda di rilascio. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 296 è della stessa opinione, perciocchè è vero che l'erede legatario non è investito di pieno dritto che della sua quota creditaria, e che *stricto jure* pel conseguimento del legato dovrebbe dirigere la domanda contro i suoi coeredi; ma *res amarae tractandae non sunt inter coeredes*. Finalmente Toullier t. 5, n. 543 osserva, che per allontanare ogni controversia, la prudenza richiede che l'erede legatario proponga la domanda per lo rilascio del legato.

5.° Se il testatore possa dispensare il legatario dal chiedere il rilascio, vedi la nota alla p. 62, n. II.

II. *Innanzi a qual Tribunale e con quali azioni può sperimentarsi la domanda di rilascio*. Su di ciò vedi le osservazioni alla p. 111, n. III.

III. *Dove dev'esser fatto il rilascio del legato in seguito della sentenza che l'ordina.*—La prima regola a seguirsi per tale oggetto è di consultare la volontà del defunto, ed avviene lo stesso, quando si può presumere, per la natura della cosa legata o altrimenti, che il testatore abbia inteso fissare un dato luogo per lo rilascio; l. 52, § 1, ff. *de judiciis*.

Quando il testatore non à dato segni della sua volontà riguardo al luogo del pagamento del legato, si dee distinguere, se si tratti di un corpo certo o di una quantità. Il legato di un corpo certo dev'essere rilasciato nel luogo stesso dove questo corpo trovavasi al momento della morte del testatore; l. 47 ff. *de legatis* 1.° Se però l'erede, soggiunge la stessa legge, l'avesse trasportato altrove senza frode, è là ch'ei dovrebbe farne il rilascio; se poi con l'avesse trasportato altrove che nell'intenzione di nuocere al legatario, il rilascio dovrebb'essere fatto nel luogo, ove risiede il giudice che l'à ordinato—In quanto al legato di una quantità, il pagamento debb'essorne fatto nel luogo della domanda giudiziale; l. 47 § 1 ff. *de legatis* 1.°, e l. 38 ff. *de judiciis*.

Non è da omettersi, che l'erede e 'l legatario possono derogare alle esposte regole con consenso espresso o tacito. Se, p. e., uno à cominciato a pagare e l'altro a ricevere, in un luogo diverso indicato dal testatore o dalle leggi, è là che il pagamento dovrà esser compito; l. 50 § 2, e l. 52 ff. *de judiciis*.

III.

Come i frutti e gl'interessi debbono entrare nel pagamento de' legati.

I. L'azione pel rilascio à per principale scopo il godimento della cosa legata. Da ciò la necessità di conoscere l'epoca in cui il legatario à dritto a' frutti, se la cosa legata è un fondo, una casa ec.; o agl'interessi, se il legato è un credito, una somma di danaro ec.

Era per dritto romano una materia controvertita, se il legatario avea dritto a' frutti ed interessi che la cosa legata avea prodotti dal dì della morte del testatore, ovvero dal momento in cui instituiva la domanda di rilascio. Taluni giureconsulti invocando le leggi 3, 32 § 2, 34, ff. *de usuris*, 23 *de legatis* 1.°, 84, 87 § 1, ff. *de legatis* 2.° e 40 ff. *de acquirendo rerum dominio* decidevano che i frutti e gl'interessi delle cose legate decorrevano di pieno dritto dal dì della scadenza del legato. Altri poi fondandosi sulle l. 1, 2, e 4, C. *de usuris et fructibus legatorum*, stabilivano che i frutti e gl'interessi delle cose legate eran dovuti al legatario dal giorno della contestazione in causa. Vedi Fabro, cod., lib. 6, tit. 26, def. 1; Fachineo, *controvers.* lib. 12, cap. 68; Gotofredo sulla l. 4, C. *de usuris et fructibus legatorum;* Voet, *ad pandectas*, lib. 30, n. 49; Domat, parte 2, lib. 4, tit. 2, sez. 8, osservazioni al n. 3; De Franchis decis. 583; Rovito, decis. 90.

A deciferare siffatta controversia, il nuovo codice à avuto cura di diffinire nell'art. 983 che il legatario a titolo particolare à dritto a' frutti o interessi dal dì della domanda del rilascio, o pure dal giorno in cui gli fosse stato accordato volontariamente il possesso senza domanda giudiziale. Un legatario non può dolersi di non aver ricevuto il suo legato prima di averne fatta la domanda. I frutti e gl'interessi debbono aggiudicarsi dal giorno che l'erede è stato messo in mora, e per mora non s'intende il giorno della scadenza dei legati; perciocchè non è la scadenza de' legati quella che determina la mora dell'erede, ma l'interpellazione legale: *mora fieri intelligitur, non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit;* l. 32, ff. *de usuris*—In quanto a' frutti dovuti ai legatari universali ed a titolo universale, vedi l'art. 931 e nota 2, alla pag. 103, n. II.

Se il legato è di un corpo certo, come di una mobiglia, o di altra cosa che non è capace di produrre alcun interesse, l'erede deve gl'interessi dal dì della domanda? La l. 3, § 4, ff. *de usuris* fa una distinzione. Se la cosa legata è per uso del legatario, non ne sono dovuti gl'interessi; ma se gli sia stata lasciata per profittarne, e che sia in istato di ven-

969. Gl'interessi e i frutti della cosa legata decorrono a vantaggio del le-

derla e darla in affitto, l'interesso dev'esserne pagato dall'erede, come di una somma di danaro. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 296, approva questa decisione.

Se il legatario dell'usufrutto possa pretendere prima della domanda del rilascio i frutti scaduti, vedi nel t. 1, nota 5 alla pag: 172—Se il legatario à dritto a'frutti pendenti al dì della morte del testatore, v. la nota agli art. 972 e 973, § II.

II. Vi sono delle eccezioni alla regola esposta. Secondo l'art. 969 si riducono a due, ma ve ne sono delle altre, che fan decorrere i frutti o gl'interessi dal giorno della morte del testatore: Desse sono:

1.° Quando il testatore avrà dichiarato espressamente la sua volontà nel testamento, che i frutti decorressero dal dì della apertura della successione; così dispone il 1.° numero dell'art. 969, e la l. 43, § 2, ff. *de legatis* 2.°

E quantunque ne testatore non abbia legate espressamente i frutti o gl'interessi, risultando dalle espressioni di cui egli si è servito, che la sua intenzione sia stata di positivamente legarli, gli eredi debbono essere condannati a somministrarli. Questo provano la l. 3, § 3, ff. *de usuris*, e la legge 43, § 2, ff. *de legatis* 2°.

2.° Quando sia stata legata a titolo di alimenti *una rendita vitalizia* o *una pensione*. È questa la seconda eccezione contemplata nel n. 2 dell'art. 969, e che merita taluni sviluppamenti.

Il legato *annuale* è quello col quale il testatore assegna a qualcheduno, *in forma di pensione*, una somma di danaro, a una certa quantità di derrate, da pagarsi in ciascun anno dal suo erede: Domat, parte 2, lib. 4, tit. 2, sez. 5, n. 6, 7, 8. La causa del mantenimento o degli alimenti è integrale alla natura del legato annuale, così che un legato pagabile ad anni e che riconoscesse altra causa, non sarebbe un legato annuale, ma consisterebbe in un capitale divisibile in più anni per facilitarne il pagamento; o in altri termini, sarebbe un legato unico, di cui acquisterebbe il legatario il suo dritto in una sol volta, a quindi morendo prima che fossero passati questi anni, trasmetterebbe a'suoi eredi qua'pagamenti che rimasero a farsi; l. 20, ff. *quando dies legatorum cedat*. Domat, ibid, n. 10.

Il legato annuale può essere per un tempo determinato, o per la vita del legatario, ed in quest'ultimo caso prende il nome di *pensione vitalizia*. È notevole, che quantunque il testatore non avesse dato al legato annuale la qualificazione di rendita vitalizia o di pensione alimentaria, pure non passa agli eredi del legatario, se non quando l'abbia espressamente ordinato, essendo della natura de'legati annuali di estinguersi colla morte del legatario; potendo però il testatore ordinare di trasmettersi agli eredi del legatario; l. 4, ff. *de annuis legatis*; l. 22, cod. *de legatis*.

La rendita vitalizia legata a titolo di alimenti differisce del legato di alimenti in ciò, che il legato di alimenti è quello col quale il testatore dà in danaro o in derrate, quanto occorre pel mantenimento del legatario, senza fissare la quantità della prestazione. Nel legato di rendita vitalizia, la prestazione è invariabilmente fissata con la disposizione del testatore. Nel legato quindi di una rendita vitalizia non può il legatario pretendere che sia aumentata a causa de'suoi bisogni; ma, per determinare la prestazione alimentaria, si deve aver riguardo alla condizione del legatario, alle abitudini di liberalità del testatore, alle affezioni che portava al legatario, all'attivo dell'eredità; l. 22 in princ. ff. *de alimentis legatis*.

Or il n. 2.° dell'art. 969 mette nello stesso livello la rendita vitalizia a titolo di alimenti, e la pensione alimentaria. Siccome in questi casi, i frutti e gl'interessi compongono tutta la cosa legata, la legge à voluto che essi siano dovuti dal giorno in cui il legato scade. Poco importa, che il fondo sul cui ricolto era assegnata al legatario la rendita, non abbia dato frutto, poichè il legato di una certa quantità di grano, di vino o di altre cose è indipendente dalla raccolta che se ne potrà fare. E quando anche un tal legato fosse assegnato su le ricolte di ogni anno, sarebbe tuttavia dovuto quando non vi fosse alcuna raccolta, purchè potessero bastarvi quelle degli altri anni, e non vi si opponesse la volontà del testatore; l. 17, § 1 ff. *de ann. legat.*, l. 18, ff. *de trit. vin. vel ol. leg;* Domat, ibid. n. 8. Possono con successo riscontrarsi all'uopo le dotte osservazioni di Cujacio sulla l. 17, ff. *de annuis legatis*, e sulla l. 5, ff. *de tritico vino vel ol. leg.*

Secondo il dritto romano, dacchè l'anno era cominciato, il legato annuo si acquistava per l'intera annata, l. 12, § 1, ff. *quando dies legat. cedat;* così che il legatario poteva esigere il pagamento intero della prestazione devuta per l'intero anno, l. 1, cod. *quando dies legat. cedat*; e morendo senza averla ricevuta, trasmetteva il dritto a'suoi eredi, l. 8. ff. *de annuis legat*: questa giurisprudenza era ammessa nell'antico dritto del regno; Roit. nella decis. 634 di de Franchis. Domat, ibid., n. 9 ne dava per ragione, di esser natu-

gatario dal giorno della morte, e senza che ne abbia fatta la giudiziale domanda.

V. gli art. 509, 510, 511, 535, 1107 a 1108.

1.° quando il testatore avrà intorno a ciò dichiarata espressamente la sua volontà nel testamento;

2.° quando sarà stata legata a titolo di alimenti una rendita vitalizia o una pensione (1).

V. gli art. 1842 a seg.

970. Le spese della domanda del rilascio de' beni saranno a carico della eredità; purchè però non ne risulti veruna riduzione della riserva legale.

V. l'art. 789.

I diritti di registro saranno dovuti dal legatario.

Tutto ciò avrà luogo, se non è stato altrimenti ordinato col testamento.

Ogni legato potrà essere registrato separatamente: ma tal registro non potrà giovare a verun altro, fuorchè al legatario, o a quelli che da esso han causa.

971. Gli eredi del testatore, o altri debitori di un legato saranno personalmente tenuti a soddisfarlo, ciascuno *pro rata* della porzione di cui partecipa nella eredità (2).

V. gli art. 535, 537, 792, 794, 798, 935, 966, 1178, 1174, 1997.

---

ralo che un legato, il quale sta in luoga di un fondo, si acquistasse anticipatamente—Sotto l' impero del codice bisogna fare una distinzione tra il legato di una rendita vitalizia ed una pensiono alimentaria dovuta in danaro, dal legato di alimenti da riceversi da'frutti in natura di un fondo. La rendita vitalisia non è che un frutto civile, art. 509, e tutt'i frutti di questa specie non si acquistano che giorno per giorno, art. 511; ed aggiungo l'art. 1852, che la rendita vitalizia è dovuta al proprietario in proporzione de'giorni che à vissuto. In quanto a' frutti dovuti in natura, dessi non si acquistano giorno per giorno, art. 508, e 510, ma sono dovuti all'epoca del ricolto. Quindi, se nel corso dell'anno muore il legatario prima del ricolto, i suoi eredi non ànno che pretendere; se poi muore dopo del ricolto, il legatario à dritto a tutto il legato, quantunque morisse prima della fine dell'anno.

Se il legato di alimenti sia indivisibile, vedi la nota alla pag. 111 in princ.

3.° Una terza eccezione al principio di dover gli eredi pagare gl'interessi ed i frutti delle cose legate dal dì della domanda, è pel caso in cui l'erede abbia impedito, con una reticenza fraudolenta, che il testamento venisse alla cognizione del legatario. In tal caso il legatario debbe ottenere la restituzione di tutt' i frutti ed il pagamento di tutti gl'interessi che sono decorsi dalla morte del testatore. Domat, parte 2, lib. 4, tit. 2, sez. 8, n. 3; Pothier, *testam.*, sez. 6, art. 2, § 4, n. 96; arg. degli art. 1336 e 1337; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 299.

Sono queste le eccezioni per dritto vigente. Il dritto romano conteneva un'altra eccezione a favore della minorità, poichè la l. 87, § 1, ff. *de legatis* decideva, che gl'interessi de'legati fatti a'minori decorrevano dall'istante della loro scadenza. Il codice moderno non à conservato questa eccezione—Un'altra eccezione era per dritto antico a favore de'legati pii, l. 46, § 4, C. *de episcopis et clericis;* nov. 131, cap. 12. Questa eccezione avea per fondamento non solo il favore de'legati pii, ma anche la circostanza che gli amministratori potevano ignorarli, o trascurarne l'adempimento. Oggi non à luogo la eccezione in parola; ma il governo à preso delle savie precauzioni, perchè gli amministratori non ignorassero le pie disposizioni: v. nel t. 1, la nota alla p. 143 in princ., n. II.

(1) Le osservazioni su questo art. sono state esposte nella nota precedente, § 2, p. 108.

(2) Dovendo esaminare con quali azioni il legatario può domandare il suo rilascio, conviene premettere, che nell'antico dritto romano, secondo la divisione trasmessaci da Teofilo, Ulpiano e Cajo, distinguevansi quattro specie di legati, per ognuna delle quali eransi introdotte diverse azioni. Quelli della prima specie facevansi *per vindicationem*, quelli della seconda *per damnationem*, quelli della terza *sinendi modo*, e quelli della quarta per *praeceptionem*.

Il legato per *rivendicazione*, *per vindicationem*, era quello in cui il testatore erasi espresso con le parole, *do*, *lego*, *capito*, *sumito*, *habeto;* cioè, *dono*, *lego*, *prendete*, *portate*, *abbiate per voi*. Il testatore in tal modo disponeva delle cose di sua proprietà, ed il legatario dopo la morte del testatore acquistava il dominio quiritario della cosa legata, ed in conseguenza avea un'azione *reale* per revindicarla come cosa propria. Questo c' insegna Cajo nelle sue instituta lib. 2, tit. 5, § 1, alle parole *quod post mortem testatoris statim legatarius, non expectato herede, sibi praesumit.*

Saranno tenuti per l'intero coll'azione ipotecaria fino alla concorrenza del

---

Il legato *per damnationem*, *per condanna*, cre concepite così: *heres meus damnas esto dare, dato, facito; jubeo heredem meum dare, facere:* cioè, *mio erede, voi siete condannato a dare; date, fate. Io voglio che facciate, che diate.* Questo legato non produceva che l'azione *personale* in virtù del testamento. Cajo nel luogo citato, § 2.

Il legato per permissione, *sinendi modo*, aveva luogo in questi termini: *heres meus rem illam illum permittat praesumere et sibi habere.* Questa formola è di Cajo. Ulpiano ce ne dà un altro concepito così: *heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem sibique habere.* Un legato di questa natura dava al legatarie il dritto d'impossessarsi della cosa che fermavane l'eggotto, senza domandarne la tradisieno all'erede: Cajo, ibid. § 6. Finalmente, nel legate a titole di precapienza, *per praeceptionem*, si faceva uso di questa formola: *Lucius Titius illam rem praecipito.* Questa specie di legato si chiamave perciò *prelegato*, e come la qualità di antiparte suppone quella di erede, non potevasi legare a questo modo che ad un coerede. In conseguenza di questo principio, aggiunge il giureconsulte Paele, *Sententiae*, lib. 3, tit. 6, il coerede legatario domandava il sun legate colle ozione di divisione di eredità, detta in dritto *familiae erciscundae*, e lo prelevave prima di ogni divisione dall'intera massa ereditaria.

Giustiniano con la l. 1, C. *communia de legatis* abolì tutte questo specie di legati, stabilendo che, di qualunque formole fossero rivestiti, avessero prodotte lo stesso effetto. Attribuì indistintamente a'legatari tre azioni pel rilascio de'legati; l'azione *personale*, l'aziene *reale*, l'azione *ipotecaria*. Il legatario edunque non poteva per dritte agire in via esecutiva centro l'erede, e dovee sperimentare una delle tre azioni. Ma nel nostro regno prevalse una pratica contraria, accordandosi al legatario la vie esecutiva pel coeseguimente del legato, come riferiscono de Marinis, *resol.* 241; Gizzio nelle osservaz. alla decis. 12 del Regente Capecelatro, e Carlantonio de Rusa, *prax. civil.* cap. 4, n. 142 e 143. Sotte l'impero del codice non potrebbe in alcun caso il legatario procedere in via esecutiva contro l'erede, anche quando il testamento fosse per atto pubblico, perciocchè i legatari essendo sempre obbligati di domandare il rilascie, il testamento nen à per sè la esecuzione parata. Se l'art. 932 non obbliga il legatarie universale per testamento pubblice a domandare il rilascio, l'è perchè à il legatarie universale nel caso ivi previsto *ipso jure* il possesso de'beni. Toullier, t. 5, n. 566.

Per la qual cosa, dovendo stabilire i principi su cui sone fondate le tre azieni accordate a'legatarii, ed esaminare le difficoltà che si sono presentate nell'applicaziono, conviene in quattre § discorrere: 1.° Dell'aziene personale; 2.° Dell'azione reale; 3.° Dell'azione ipotecaria; 4.° Se si possa esercitare il concorso delle tre azieni.

I.

Dell'azione personale con la quale il legatario può domandare la cosa legata.

I. *Fondamento dell'azione personale*—Quest'azione è fondata sul quasi contratto con cui quegli che dee pagare il legato, si obbliga, accettando le liberalità del testatore, verse coloro a'quali il testamento dà de'dritti ad esercitare centro di lui. L'effetto di quest'azione è di farlo condannare a rilasciare la cosa legata, se esiste o l'abbia e sua disposiziene, altrimenti e pagarne il valore. Se sono più eredi, ognuno è tenuto al pagamento del legato in proporzione della sua quota ereditaria. Vedi nel t. 1, le nota 3, alla p. 337 e seg.

II. *Contro quali persone si può intentare l'azione personale*—Per regola generale, può il testatore designare chi degli credi debbe prestare il legato: può certamente il testatore sul suo patrimonio disponibile imporre quelle condizioni che gli sembrano opportune, l. 1, § 6, ff. *de legatis* 3.° Avviene delle volte, che dalla natura delle disposizioni testamentarie si rileva chiaramente la persone ch'è gravata del pagamento de'legati. Così avende il testatore divise la sua eredità, legando gl'immobili a Tizie, ed i mobili a Cajo, Tizio certamente è obbligato di pagare a Sempronie il legate de'frutti del fondo Tusculane che ferme parte del patrimenie del defunto. Voet, *ad pandectas*, lib. 30, tit. unic., n. 11 e 13.

Tranne questi due casi, i legati sone sempre reputati a carico di tutti gli eredi, e si ripartiscone, come i debiti, su tutto il patrimonio del defunte, art. 792, 935, 966. Da ciò nasce che l'aziene personale del legatario, come dice l'art. in esame, si divide *pro rata* fra gli eredi, o colero che sono i debitori del legato. Noi abbiamo su di ciò dato ampi sviluppamenti nel t. 1, nota 3, alla pag. 337 e seg.

Il principio che l'azione personale è divisibile fra gli eredi o debitori del legato soffre eccezione ne'casi dell'art. 1174—Qui dobbiamo considerare soltanto, se il legatario degli

valore degl'immobili ereditarj de'quali saranno detentori.

---

alimenti possa rivolgersi con l'azione personale solidalmente contro un solo erede, salvo il regresso di costui contro gli altri. Secondo la l. 3, ff. *de alimentis vel cibariis legatis*, i giudici sono abbastanza nell'uso di assegnare su di un solo erede il pagamento di un tal legato, *ne a singulis heredibus minutatim alimenta petentes distribuantur;* ma si scorge altresì in detta legge, che quest'uso non è una regola, e che i giudici possono allontanarsene. Gotofredo nella l. 2, C. *de hereditariis actionibus* ritiene che il legato di alimenti è individuo. Il nostro Presidente de Franchis analizzando questa quistione, stabilì la rubrica della decis. 203 nel seguente modo: *alimenta praeterita non possunt peti ab uno herede in solidum, sicuti possunt futura.* Quindi riferisce di avere il sacro Consiglio deciso, che gli arretrati degli alimenti non possono ripetersi solidalmente dagli eredi, perchè per gli arretrati cessa ogni favore della causa alimentaria; ed in quanto agli alimenti futuri, il giudice è facoltato, prendendo in considerazione le dissenzioni tra gli eredi e le particolari circostanze, costringere un solo degli eredi a prestare gli alimenti. Carlantonio du Luca nelle sue osservazioni alla citata decisione riferisce tutte le opinioni sulla quistione, e di essersi giudicato nel senso del Presidente de Franchis—Sotto l'impero del codice, i giudici ànno la stessa facoltà accordata dalla l. 3, ff. *de alim. legat.*, poichè il n. 5 dello art. 1174 dichiarando indivisibile l'obbligazione, quando dal fine e dalla natura dell'obbligazione non può essere soddisfatta partitamente, si presume che tale sia stata la volontà del testatore. Il codice à dato una grande latitudine a'giudici, poichè lascia ad essi soli di vedere quando risulta dalla natura dell'obbligazione, dal fine che il testatore à avuto in mira, che il debito non possa essere soddisfatto partitamente. Toullier, t. 6, n. 779.

III. *Innanzi a qual tribunale un legatario deve agire coll'azione personale*—Il giudice del luogo ove è aperta la successione (art. 115) deve conoscere di tutte *le domande relative all'esecuzione delle disposizioni a causa di morte;* art. 151, n. 3, proc. civ. Questa disposizione dev'essere osservata in modo, che se gli eredi convenuti coll'azione personale venissero citati innanzi al tribunale del loro domicilio, potrebbero opporre la declinatoria. Nè potrebbe dirsi, che i convenuti non avrebbero di che dolersi, non essendo distratti dalla loro giurisdizione. Imperciocchè può esser loro più vantaggioso di andare innanzi al giudice che la legge indica, perchè ivi possono più facilmente riunire le parti interessate, procurarsi e somministrare al giudice i documenti ed istruzioni necessarie, e provocare la sorveglianza de' magistrati contro l'attore. Thomine Desmasures, *proc. civ. franc.*, *coment. all'art. 59, n. 80.*

La regola esposta debbe concentrarsi tra gli eredi ed i legatari, tanto se l'azione sia personale, che reale. Ma se il legatario agisse contro i terzi con l'azione reale, o ipotecaria, deve certamente adirsi il giudice della situazione de'beni. Merlin, rep. v. *legataire*, § 6, n. 20; Carré, *proc. civ.*, *quist. 263.*

II.

Dell' azione reale de' legatari.

La legge 1 Cod. *communia de legatis* accordava a'legatari un'azione reale per procurarsi il godimento de'loro legati. Quest' azione derivava dal principio, che la proprietà passava immediatamente dalla testa del defunto a quella del legatario. Quantunque l'art. in esame non accordasse espressamente al legatario l'azione reale di revindicazione, pure non può mettersi in dubbio, che quest'azione è una conseguenza necessaria del principio ritenuto nell' art. 968, che la proprietà della cosa legata si trasmette direttamente dal testatore al legatario. Se dunque il legatario è proprietario della cosa legata, può esercitare l'azione di revindicazione anche contro i terzi, poichè la vendita che ne avrebbe fatto l'erede sarebbe nulla, art. 1444, l. 55, ff. *de rei vindicatione*, l. 3, § 2 e 3, C. *comm. de legatis.* Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 297; Toullier, t. 5, n. 522,546 e 572; Grenier, n. 306; Duranton, t. 9, n. 378.

I corpi certi e determinati essendo i soli oggetti suscettibili di revindicazione, essi sono anche i soli che i legatari possono domandare per questa via. Quindi non si può agire realmente per un legato di quantità, di una certa somma, di un credito. Voet, *ad pandectas*, lib. 30, tit. unic., n. 39.

Essendo della natura dell'azione reale di revindicazione, che la cosa si può revindicare dalle mani del terzo possessore, può presentarsi la quistione, se sia lecito al legatario sperimentare quest'azione contro il terzo possessore, prima di aver ottenuto dall'erede il rilascio del legato, giusta le prescrizioni dell'art. 968. È fuor di dubbio, che il terzo possessore non può prevalersi contro del legatario revindicante, del difetto di rilascio e di consenso da par-

V. gli art. 445, 471, 476, 993, 997, 1020, 1090, 1091, 1461, 1538.

972. **La cosa legata sarà rilasciata cogli accessorj necessarj, e nello stato in cui si troverà nel giorno della morte del testatore.**

---

te dell'erede, poichè non si può eccepire il dritto del terzo; ma dall'altra parte è pur vero, che l'erede cui il legatario è obbligato a chieder il rilascio, è interessato a conoscere il procedimento del legatario, ed a fargli anche opposizioni. Per conciliare quindi il principio, che il legatario è fondato ad agire realmente contro del terzo possessore della cosa legata, col principio ch'egli è pure obbligato di chiedere il rilascio all'erede, è necessario, che il legatario agendo contro il terzo possessore esibisca un atto col quale l'erede gli rilascia il suo legato, o pure citi contemporaneamente l'erede per rilasciare il legato, ed il terzo possessore ad abbandonare il fondo. Merlin, rep., v. *legataire*, § 5, n. 11; Toullier, t. 5, n. 546, 572 e 574; Grenier, n. 306.

In quanto alla competenza del tribunale per l'azione di revindicazione, vedi la pagina precedente.

III.

Dell'azione ipotecaria de' legatari.

I. Prima di Giustiniano, il dritto romano non riconosceva che l'ipoteca espressa accordata dal testatore al legatario pel conseguimento della cosa legata: Cujacio *ad l. 9*, ff. tit. *de annuis legat.* Dovesi all'imperatore Giustiniano, che con la l. 1, Cod. *communia de legatis* introdusse la ipoteca legale, ossia tacita, a favore del legatario sopra i beni che sono trasmessi dal testatore a colui o a coloro che sono incaricati del pagamento de'legati.

Questa ipoteca legale a favore de' legatari sugl' immobili ereditari de' quali sono detentori gli eredi o gli altri debitori del legato, è conservata dall' art. 971. Sono notevoli le parole *immobili ereditari*, poichè desse energicamente esprimono che l'ipoteca del legatario non si estende fino a' beni dell'erede, ma è limitata a quelli lasciati dal testatore nella sua eredità. *Et hypotecam esse non ipsius heredis vel alterius personae quae gravata est fideicommisso, verum, se tantummodo earum quae a testatore ad eum pervenerint*, dice la citata l. 1, C. *communia de legatis*. Se l'azione ipotecaria de' creditori del defunto non si estende a' beni dell'erede (v. nel t. 1, nota alla p. 343, n. II), non lo si potrebbe certamente quella del legatario. La sola accettazione dell'eredità non può produrre ipoteca a favore de' legatari: costoro possono acquistarla su' beni dell'erede in forza di sentenza che lo condanna a soddisfare il legato, art. 2009, o pure per effetto di un atto autentico col quale l' erede obbligasse i suoi beni, art. 2015: Merlin, rep., v. *legataire*, § 6, n. 16; Toullier, t. 5, n. 571. E conformemente a questi principi si è deciso dalla Corte Suprema di Napoli con arresto del dì 28 luglio 1842 (causa *Ruffo* e *Ruffo*), che i creditori e legatari aventi ipoteca sugl' immobili del defunto non l'hanno sugl' immobili particolari dell'erede, quantunque abbia questi accettato puramente e semplicemente: hanno contro l'erede la sol' azione personale.

II. Questa ipoteca legale non può avere effetto contro i creditori dell' eredità, poichè il legato non può esser pagato se non dopo tutt'i creditori dell'eredità, ipotecari o chirografari: *bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno*. Siffatta ipoteca dunque non può servire al legatario, che contro i creditori personali degli eredi gravati del legato, o contro i terzi acquirenti che avessero acquistato, da questi medesimi eredi, immobili formanti parti dell' eredità; l. 5, C. *de jure deliberandi;* l. 67, ff. *de contrahenda emptione*.

Ma è da avvertirsi, che i legatari non possono conservare la loro ipoteca privilegiata, che mediante la iscrizione nel modo e nel tempo prescritto dall' art. 1997. Su di che è a vedersi quanto dicemmo intorno alla *separazione de' patrimoni* nel t. 1, nota 1, pagina 346 a 354.

III. L'azione ipotecaria è stata introdotta per assicurare il pagamento de'legati, e l'azione personale è il fondamento dell'ipotecaria. Da ciò la controversia tra gli antichi giureconsulti, se l'azione ipotecaria poteva essere esercitata solidalmente contro ciascun degli eredi. Per regola generale la ipoteca è indivisibile, *est tota in toto et in qualibet parte* ; di modo che ciascun coerede del defunto obbligato per la porzione virile al pagamento de'debiti, pure è obbligato all'intero, quando è convenuto ipotecariamente. Ma giureconsulti di grave autorità, tra quali Cujacio, *recitationes*, Cod. tit. *communia de legat.*, Fabro, Cod. lib. 6, tit. 28, def. 1, 7 e 8, Voet, *ad pandectas*, lib. 20, tit. 2, n. 21 e lib. 30, tit. unic. n. 40, Pothier, *testam.*, cap. 5, sez. 3, art. 2, § 2, hanno stimato che Giustiniano con la l. 1, Cod. *communia de legatis* à deciso, che gli eredi non possono essere attaccati ipotecariamente, se non in quanto saranno soggetti all'azione personale; o in altri termini, che l'ipoteca de' legatari è dividua. Nel passo in quistione della legge citata, si dice così : *in*

973. Quando colui che ha legato la proprietà di un immobile, l'avesse accresciuto con acquisti posteriori, questi, ancorchè contigui, non si stimerà che facciano parte del legato senza una nuova disposizione.

V. gli art. 953 a 997.

omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypotecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversum ejus competit. E Pothier nel luogo citato dà la seguente ragione per sostenere la dividuità dell'ipoteca. La ipoteca tacita, egli dice, del legato, non à mai luogo sulla porzione de'beni alla quale ciascun degli eredi succede, se non per la porzione per la quale ogni erede è tenuto, ed in ciò i legati differiscono da'debiti dell'eredità, e la ragione della differenza è manifesta. Il defunto che à contratto dei debiti, essendone stato debitore per l'intero, ha ipotecato tutti e ciascuno de'suoi beni a tutti gl'indicati debiti. Ciascuna porzione di questi beni, che passa a ciascuno de'suoi eredi, si trova dunque ipotecata a tutti questi debiti. Ma il defunto non è stato mai il debitore del legato ch'egli à fatto. La obbligazione quindi comincia dalla persona de'suoi eredi, ed è stata divisa fin dal suo cominciamento. Il testatore à ipotecato i beni ch'egli lasciava a ciascun di loro, pe'pesi che vi à imposti; ma siccome egli non incaricava ciascun di loro della prestazione de'legati se non per la rata de' beni che loro lasciava, così egli non à potuto intendere d'ipotecar la parte di questi beni ch'ei loro lasciava, se non per quella parte del legato di cui li à gravati—Le corti sovrane d'Italia giudicavano parimenti di esser dividua l'ipoteca tacita del legatario; de Franchis, dec. 203; donde gli scrittori italiani chiamavano *anomala* l'ipoteca de'legatari; de Luca sulla detta decis. di de Franchis—In Francia si seguiva (come attesta l'autore dell'art. *legataire*. § 6, n. 14, nel rep. di Merlin) una giurisprudenza contraria, pel motivo, che Giustiniano con la citata legge, avendo dichiarato di stabilire la ipoteca tacita de'legatari, ad esempio di quella che le leggi anteriori avevano permessa al testatore di assegnare col suo testamento e dalle altre ipoteche tacite (ch'erano indivisibili), bisognava credere che avesse voluto darle lo stesso effetto e la stessa indivisibilità—Il codice civile con l'art. in disamina à seguito le massime dell'antica giurisprudenza francese, poichè à testualmente dichiarato, che gli eredi o gli altri debitori del legato saranno tenuti *per l'intero* coll'azione ipotecaria; e questo principio conviene alla natura dell'ipoteca, al suo oggetto, ed all'intenzione della legge che l'introdusse; e su di ciò convengono Merlin, rep., v. *legataire*; § 6, n. 14; Toullier, t. 5, n. 567 nella nota; Grenier, n. 311 (*); Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 300. Nè abbiasi a credere che la Corte Suprema di giustizia di Napoli avesse dato una diversa intelligenza allo art. 971, quando con arresti de' 29 aprile 1826 (causa *Bottiglieri e Vernieri*) e 12 marzo 1840 (causa *Vernieri* ed altri) decise esser divisibile l'ipoteca accordata al legatario; perciocchè i fatti che avean dato luogo alla controversia eran avvenuti sotto l'impero delle vecchie leggi. Rimane adunque fermo il principio della indivisibilità dell'ipoteca sotto l'impero del codice, e Merlin nel luogo citato avverte con ragione, che potendo gli eredi che posseggono immobili dell'eredità essere ipotecariamente convenuti per la totalità de'legati, non segue che possono essere condannati *solidalmente* a pagarli. Imperciocchè vi è una gran differenza tra la condanna *solidale* e la condanna *ipotecaria*. Questa è sempre subordinata all'alternativa, *se il condannato non ami meglio rilasciare il fondo gravato d'ipoteca*, art. 2066. Quella al contrario è pura e semplice; art. 1153.

Ma dalla indivisibilità dell'ipoteca del legatario, vuole conchiuderne Duranton, t. 9, n. 384 «che anche quegli eredi o successori a titolo universale i quali fossero esenti dal pe» so di contribuire alla soddisfazione del tale o tal altro legato, per avere il testatore » espressamente dichiarato la sua volontà sul proposito, o solo per aver messo cotesto le» gato nominatamente a carico di un altro successore; diciamo, potrebbero nondimeno esser » tenuti ipotecariamente fino alla concorrenza del valore de'beni ereditari di cui fossero de» tentori, salvo sempre il loro regresso contro i debitori del legato ». Ma chi non vede, che il volere estendere la ipoteca del legatario su' beni degli eredi che non sono gravati del pagamento del legato, è un' idea non meno contraria al testo dell'art. 971, che dichiara esser ipotecariamente tenuti *per l'intero gli eredi*, o *altri debitori del legato*, non che alla natura della ipoteca, che non è accordata che per la garantia della soddisfazione del legato? Ascoltiamo sul proposito Terrible alla v. *Ipoteque*, sez. 2, § 3, art. 4, n. 5. « Per ben comprendere, egli dice, il senso dell'art. 1017 (971), convien sapere, che il legato di una somma può mettersi a peso, o degli eredi legittimi, o degli eredi universali, o dei

(*) Grenier nel trattato *delle ipoteche*, n. 422, invoca la dottrina di Pothier per sostenere la dividuità dell'ipoteca del legatario, e così dimentica di aver sostenuto il contrario nel trattato *delle donazioni*, nè tiene presente il testo dell' art. 971.

Si giudicherà il contrario riguardo agli abbellimenti, o alle nuove fabbri-

---

legatari a titolo universale, o in fine de' legatori di olcuni immobili o titolo particolore. Allorchè duoque l'art. dichiaro che *gli eredi* dal testatore o *altri debitori di un legato* saronno personolmente tenuti a soddisfarlo ciascuno pro rata della sua porzione nell'eredità, e che saronro tenuti ipotecariamente per l'intero, fino alla concorrenza degl'immobili dall'eredità di cui saranno detentori, indica gli eredi sotto il nome che loro è proprio; ed indica sotto il nome di *altri debitori del legato*, i legatari universali, i legatari a titolo universale, ed i legatari di alcun'immobili a titolo particolare, i quali, secondo le disposizioni del testamento, si trovino gravati di soddisfare la somma legata. Inoltre fa comprendere che l'ipoteca non colpisce se non gl'immobili ereditari i quali, secondo le medesime disposizioni, sieno devoluti a coloro che sieno gravati del pagamento della somma legato. Un esempio finirà di mettere il senso di questo art. in tutta l'evidenza. Un testatore il patrimonio di cui comprende molti fondi, volendo dare una parte della sua fortuna ad estranei, e lasciare il resto o'suoi eredi, fa un testamento col quale lega a Giovanni ed a Pietro uno de'suoi fondi, chiamato *il demanio di Coutance*, con l'obbligo di pagare ad Orsola, loro sorella, una somma di 10,000 lire, a titolo di legato: e chiama Paolo suo legatario o titolo universale della metà del resto di tutt'i suoi immobili. I veri e soli debitori personoli del legato di 10,000 lire verso Orsola, sono i duo suoi fratelli Giovanni o Pietro; ed essi sono personalmente tenuti di soddisfarlo, ciascuno per metà. L'ipoteca attribuita al credito risultante dol legato delle 10,000 lire in favore di Orsola, non può colpire, nè la metà degl'immobili della successione devoluto a Paolo legatario a titolo universale, nè l'altra metà di quest'immobili che rimangono agli eredi naturali; essa non colpisce che i soli immobili del demanio di *Coutance* legato a Giovanni ed a Pietro, atteso che dessi sono i soli gravati della soddisfazione del legato, nè possono divenir detentori che di questo solo demanio. Ma siffatta ipoteca abbraccerà indivisibilmente tutti gl'immobili componenti il demanio di *Coutance*; in guisa che se, per l'effetto di una convenzione stretta fra i due fratelli, l'intero demanio venga aggiudicato ad un solo, costui sarà tenuto ipotecariamente per la totalità dello somma di 10,000 lire »—Dopo un ragionamento così solido del sig. Terrible scrittore di gravissima autorità e che prese parte alla compilazione del Codico qual membro del Tribunato, bisogna ritenere come erronea l'opinione di Duranton, il quale non cita alcun' autorità in sostegno della sua opinione, contraria altresì a quanto prima di lui aveva scritto Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 301, il quale pure insegnava che il legatario non à azione ipotecario contro gli altri eredi detentori degl'immobili dello successione, quando il testatore à designato la persona che dee soddisfare il legato.

È notevole da ultimo, che il legatario per effetto dello ipoteca può dirigersi contro il terzo possessore; ma costui può opporgli la discussione degli altri beni ereditari, poichè il legato non gode che una ipoteca generale: Arresto della Corte Suprema di Giustizia di Napoli de' 20 agosto 1831 (causa *Camera* e *Petrone*).

IV.

Se sia lecito al legatario di esercitare il concorso delle tre azioni. — Della garantia dovuta al legatario.

I Secondo la l. 76, § 8, ff. *de legatis* a.°, il legatario non poteva cumulare le sue azioni, nè passare dall'una all'altra: bisognava che avesse scelto. Da ciò derivava, che dopo la scelta che il legatorio avea fatta tra le azioni che appartenevangli e che sapeva appartenergli al momento in cui ne avea esercitata una, o non riescendo nell'azione personale che avea intentato, non poteva pentirsene e riprendere quelle da cui da prima erasi astenuto, cioè l'ipotecaria o la revindicazione: Voet *ad pandectas*, tit. *de obligationibus et actionibus*, n. 16. — Oggi deve dirsi che il concorso dell' azione personale e della revindicazione è interdetta al legatario: egli deve scegliere fra queste due azioni: di questa incompatibilità parla la l. 76, § 8, ff. *de legatis* a.°, poichè, secondo il dritto del digesto, queste due azioni appartenevano al legatario. Ma l'azione ipotecario non è incompatibile con l' azione personale, poichè questa è di quella la base e'l fondamento. Che perciò nella pratica i Tribunali condannano gli eredi al pagamento del legato *personalmente per la quota e porzione, ed ipotecariamente per l'intero*. Quindi rigettata l'azione personale o l'ipotecaria, non può il legatario sperimentare l'azione di revindicazione, perciocchè le diverse azioni del legotorio tendono al fine unico del conseguimento del legato, e perciò dal rigettamento della prima azione risulta un'eccezione di cosa giudicata per la seconda. Onde siavi luogo all'eccezione dello cosa giudicata in una istanza, non è necessario che siavi identità di azioni tra

che fatte sul fondo legato, o ad un recinto di cui il testatore avesse ampliato il circuito (1).

---

questa istanza e quella che l'à preceduta: basta che siavi tra l'ana e l'altra, identità di parti, di oggetto e di causa; l. 7, § 4, ff. *de exceptione rei judicatae*. Merlin, quistioni, v. *option*, § 1; Toullier, t. 10, n. 178.

II. *Evizione dovuta al legatario.*—So dopo il rilascio della cosa legata, il legatario viene evitto, l'erede dee garentire il legatario, quantevolte il legato fosse olternativo o di una cosa generica, poichè l'intenzione del testatore era quella di fare un legato utile, l. 39, § 3, ff. *de legatis* .°—Diversamente debbe decidersi quando il legato è di un corpo certo è determinato, dice la l. 77, § 2, ff. *de legatis* 2.°, poichè il testatoro si presume non aver legato maggior dritto di quello ch' egli stesso ne avea sulla cosa, o d' altronde per l'art. 975 il legato della cosa altrui è nullo in tutt'i casi. Merlin, rep., v. *legataire*, § 6, n. 25; Toullier, t. 5, n. 549; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 291; Duranton, t. 9, n. 252 e 253.

(1) Possono sorgere molte difficoltà intorno alla esecozione de' legati, o gli art. 972 e seg. ànno per oggetto di rimuovere quelle cho nell' antica giorisprudenza formavaou un campo interminabile di lite. Il codice però non contiene alcuna disposiziooo circa le cose cho si possono legare, e l'estensione ed interpetrazione de' legati, così che i principi generati del dritto debbon servir di guida nell'esame di siffatte regole. Laonde in questa nota che à per oggetto di spiegare gli art. 972 o 973 relativi alla esecuziono de' legati in caso di congiamenti avvennti nello stato della cosa legata per volontà o senza la volontà dol testotore, cade iu acconcio di brevemente discorrere: 1.° Quali cose si possono legare e quali sono lo conseguenze degli errori: 2.° Qual è l' estensione de' legati particolari.

I.

Quali cose si possono legare, e conseguenze degli errori nella dimostrazione della persona, della causa o della cosa legata.

Conviene esamioare questo articolo sotto il rapporto allo cose cho appartengono al testatore, e oel rapporto a quello che consistono io puri fatti. Esamiueremo nella nota 1, pag. 121, se possono legarsi le cose che appartengono al legatario, all'erede ed a' terzi.

I. *Delle cose che appartengono al testatore.*—Totte le coso cho sono in commercio, mobili, stabili, dritti, servitù possono essere legate dal testotore cui appartengono; l. 41, ff. *de legatis* 1.° Si può legare ad estranei il dritto di farsi sepellire nella cappella gentilizia eretta dal testatore, l. 14, Cod. *de legatis*, come puro il dritto di padronato può essor legato ad ona corporazione o stabilimento ecclesiastico, ed anche o' secolari, com' è stabilito nella decretale 14, *de jure patronatus* nella collezione di Gregorio IX, e nella decretole 1 dello stesso titolo, nel testo di Bonifacio VIII.

Non è necessario cho lo cosa legata esista al tempo del testamento, o alla morte del testatore, perciocchè si può legare una cosa che non esiste, purchè esisterà un giorno, como, per esempio, i frotti cho proverranno da un tal fondo, il parto cho nascerà da on tal aoimale: § 7, Inst. *de legatis*; l. 17, ff. *de legatis* 3.°, ort. 1446. — Come deve intendersi il legato di uaa cosa iudoterminata, e quando questo legato sia valido o nullo, vedi la nota 1, p. 122—Qui dobbiamo notare, che, per massima generale, il testatoro non vieno riputato, nel dubbio, di legare un dritto maggiore di quello che avova egli stesso, l. 5, § 1, ff. *de legatis* 1.° Quindi, allorchè il testatore lega un foado di cui non è che comproprietario per indiviso, vien egli riputato daro solamente la porzione che gli appartiene; l. 5, § 1 e 2, ff. *de legatis* 1.°, l. 30, § 4, ff. *de legatis* 3.° — Un testatoro lega un fondo ch' egli tiene in enfiteusi: la suo disposiziono è limitata al dominio utile di questo bene, e non comprende il dominio diretto; l. 71, § 5 e 6, ff. *de legatis* 1.° — Se il testatore lega un fondo che dovo una servitù reale ad un terzo, l'orodo uon sarà obbligato di comprare l'estinzione di qoesta servitù per rilasciarcil fondo franco o libero al legatario; l. 66, § 6, ff. *de legatis* 2.° E la l. 70, ff. *de legatis* 1.° decide similmente che, se la servitù è dovuto allo stesso eredo gravato del legato, il legatario deve soffrirla. Pothier, *testam.*, c. 4, art. 1, § 2; Repert. di Merlin, v. *legs*, sez. 4, § 3, n. 1 a 5.

II. *Regole proprie a' legati di puri fatti.*—Si possono legare de' fatti, come delle cose. Il § 21, Inst. *de legatis* decide di doversi riguardare come valido il legato così concepito: *Io condanno il mio erede a rifabbricare la casa di un tale*, ovvero *a pagare i di lui debiti*. Questo prova eziandio la l. 11, § 23, l. 24 o 25, ff. *de legatis* 3.°: Pothier, *testam.*, c. 4, art. 1, §. 6. Nel numero de' legati di fatto si trova quello di vendere e comprare, dichiarato valido dalla l. 66, ff. *de legatis* 1.° Esso consiste nello disposiziono con lo quale il testatore lega a qualcuno il dritto di obbligare il suo erede, sia a vendergli un effetto cho

974. Se prima o dopo del testamento la cosa legata sia stata ipotecata per un debito della eredità, o anche per debito di un terzo, o sia stata gravata

---

gli convenga, sia a comprarsi da lui uoa cosa di cui sia interessato a disfarsi. Aggiunge però la l. 49, § 8 e 9, ff. de *legatis* 1.°, che l'erede tenuta a vendere o a comprare oon è tennto a farlo gratuamente. Se il prezzo è stata fissato dal testatore, bisogna rispettare la sua volontà. Non avendo il testatore fissate il prezza, se le parti non sono di accordo, bisogna stare al giudizio de'periti; Voet, l. 30, n. 35; Rep. di Merlin, v. *lega* § 5; Toultier, t. 5, n. 518 e 519; Delvincenrt, lib. 3, tit. 4, nota 289.

III. ***Errore commesso dal testatore, sia nella indicazione della persona del legatario o della cosa legata, sia nella indicazione della causale del legato.*** Negli ontichi trattati si trovano lunghi dettagli per istabilire delle regole io siffatta materia, e le leggi romane ànno dato luogo a svariate opinioni, trovandosi delle leggi inconciliabili tra loro. La miglier regola cha possa darsi è di esaminar attentamente tutte le clausole di un legate e di considerare la posizione del testatore e del legatario; poichè spessissimo le circostanze son quelle che decidono queste specie di quistioni. Laende con molta saggezza il codice à lasciato alla prudenza de'tribunali la iotarpetrazione de'testamenti: v. la pag. 56 in fine. Nulladimeno conviene accennare talune regole ritenute da'giureconsulti per l'applicazione dei casi particolari.

1.° I legati che vengono accompagnati da una falsa dimostrazione della persone che gratificano, sone validi. Quando non cade dubbio sulla eounciazione della persona del legatarie, l'errere non vizia il legato. *Io lego la tal cosa a Mevio, figlio di Tizio*, la disposizione noo lascia di esser valida, quantunque Tizio non sia il padre di Mevio; l. 48, § 3, ff. *de heredibus instituendis*; § 30, Inst. *de legatis*; l. 17, 33 e 40, ff. *de conditionibus et demonstr.*; l. 75, § 1, ff. *de legatis* 1.°; l. 76, § 3, ff. *de legatis* 2.°; l. 25, ff. *de liberatione legata;* l. 2, C. *de falsa causa adjecta legato*; Pothier, *testam.* c. 2, sez. 2, art. 1; Domat, p. 2, lib. 3, tit. 1, sez. 6—La falsa dimostraziaao per altro potrabbe prudurre la nullità del legate, se avesse la sua sorgente in un errere del testatore, e se esistessero forti ragioni da credere che costui avrebbe disposto altrimenti nel caso che fosse stato meglie instruite. Così Voet *ad pandectas*, lib. 33, tit. 1, n. 3, concilia le citate leggi con le leg. 5, C. *de testamentis*, 4 e 7, C. *de heredibus instituendis*.

2.° La falsa dimostrazione della cosa legata non vizia il legato: *falsa demonstratio non vitiat legatum*. Una regola così generalmente presa potrebbe menare a false conseguenze, e perciò i dottori ànoo stimato limitarla, con distinguere la dimostrazione necessaria dalla soprabondante. Si dice necessaria la dimostrazioor, quande constituisce il legato, a che, senza di essa, nulla si trova legato. Essa è soprabondante, allorquande distaccata dalla disposizione del testatore, non lascia igoorare ciò che à veluto dire. Quando la dimostrazione è soprabondante, il legato deve avere il soe effetto, coma se non vi fosse stata aggiunta, in consegnenza della regola *utile per inutile non vitiatur*.—Così la l. 17, ff. *de conditionibus et demonstrationibus* decide: « *Io lego Stico, schiavo che ho comprato da Tizio: lego il mio campo di Tuscolo che mi è stato donato da Seio;* tosto che si conosce lo schiavo o il fonde di cui egli à inteso far parola, poco importa ch'egli abbia comprato ciò che à detto d'essergli state donato, o che siagli stato donate ciò che à detto di aver comprato ». Simile esempie si trova nella l. 40, § 4 dello stesso titolo—Se la dimostrazione è necessaria, la sua falsità vizia il legate, come provano i testi i più precisi. La legge 75, § 1, ff. *de legatis* 1.° ci presenta la seguente specie: « se io lego quel cha Tizie mi deve, senza soggiongere la quantità, a che Tizio non mi debba cosa alcuna, la disposizione è nulla, perciocchè non si può sapere quel ch'essa comprende. Similmente, se io lego a Tizie ciocchè io gli debbo, e che io non determini la somma, è certe che il legate sarà onche nulle. » Altro esempio ci fornisce il § 15 *Inst. de legatis:* «Se un marito, ivi è detto, lega semplicemente a sua meglie la dote ch'egli à ricevuta da lei, e che costei nienta gli abbia dato a questo titolo, la disposisione non è di alcun effetto, secondo un rescritte degl'imperadori Severe ed Antonine »—Non è impertante sempre facile di distinguere la dimostrazione soprabondante dalla necessaria, e le stesse leggi romane ci forniscono esempl da'quali parrebbe cha la falsità della dimostrazione non dovesse annullare il legato, ma intanto è pronunziata la nullità, come risulta dalla l. 75, § 2, ff. *de legatis* 1.° La legge famosa 25 ff. *de liberatione legata* è stata da Cujacio, Fabre e Voet interpetrata in tre diversi sensi. V. Domat, Pothier, ibid., e'l repert. di Merlin, v. *lega*, sez. 3, n. 12.

3.° La falsità delle cause aggiunte a'legati, non producono, per regola generale, la nullità. Io lego la tal cosa a Mevio, perchè à amministrato i miei affari: questo legato è utile, quantunque Mevio non abbia amministrato i miei affari; § 31, Inst. *de legatis;* l. 17, § 2, ff. *de condit. et demonstr.*; l. 3, C. *de falsa causa*.—Se nondimeno, soggiungono le cita-

di un usufrutto, quegli che dee soddisfare il legato, non è tenuto a renderla libera se non quando ne sia stato incaricato dal testatore con una espressa disposizione.

V. gli art. 993 a 997.

---

te leggi, la causa fosse enunciata in termini condizionali, la sua falsità renderebbe il legato nullo. *Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est: veluti, hoc modo, TITIO, SI NEGOTIA MEA CURAVERIT, FUNDUM MEUM DO, LEGO.*—La falsità della causa annulla parimente il legato, quando sia provato che il testatore non avrebbe disposto, se egli ne fosse stato instruito: così decide la l. 72, § 7, ff. *de condict. et demonstr. Falsam causam*, essa dice, *legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non coheret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probatur alias legaturus non fuisse.* Gl' interpetri chiamano *impulsiva* la causa la cui falsità non vizia il legato, o *finale* quella che ne opera la nullità. Bene spesso è difficile discernere i casi in cui la causa è finale, da quelli in cui essa non è che impulsiva; ma è dalle espressioni del testatore, e dalle circostanze che bisogna giudicare. Voet, lib. 35, tit. 1, n. 9.

4.° La falsità della dimostrazione non reca pregiudizio alla efficacia del legato, quando questo contiene un'assegnazione *dimostrativa*: chiamasi così l'indicazione di una persona o di un fondo donde il legato debb'esser preso. Così il legato di cento scudi da prendersi sopra ciò che Pietro deve al testatore è valido, quantunque Pietro nulla dovesse; perciocchè (dice Domat, l. 3, tit. 1, sez. 9, n. XI), quando il testatore avendo legato una somma, aggiunge che questa somma si pagasse al legatario con quel che provenisse da una ricolta, o con danari che si trovassero nel tal luogo; queste designazioni essendosi aggiunte soltanto per dare agli eredi maggior facilità pel pagamento del legato, non lo renderebbero condizionato, purchè non fossero espresse in termini che lo facessero giudicare di non aver voluto il testatore legare se non quel che si trovasse da prendere sulla ricolta, o su di altra cosa che avesse designata. In somma tutta la difficoltà consiste nel discernere in qual caso il legato fatto con *assegnamento* è desso *limitativo*, in qual caso è *dimostrativo*. Le leggi romane offrono sul proposito spinose difficoltà oscurate vie maggiormente dalle regole arbitrarie stabilite da vari dottori; o tra i nostri forensi entrarono ne'più minuti particolari de Rosa *consult.* 6, Carlantonio de Luca osservaz. alla decis.721 di de Franchis.

« La regola più ragionevole, osserva l'autore dell'articolo *legs* nel repert. di Merlin, sez. 4, § 3, n. 7, è a Bartolo che noi la dobbiamo; Molineo l'à adottata: Loyseau che à trattato questa materia con maggiore solidità di tutti gli altri autori, la riguarda come una gran risorsa nella interpetrazione de'legati. Fa di mestieri, dicono questi giureconsulti, o, dopo di essi, il sig. d'Aguesseau, distinguere tra questi due casi differenti: o il corpo certo, ch'è il soggetto della contestazione, è riposto nella sostanza medesima del legato, ne'termini energici che contengono la disposizione; ed allora il testatore è riputato aver voluto limitare la sua liberalità, riducendola a questo corpo unico, che à formato il primo oggetto delle sue intenzioni: o il corpo certo al contrario, non si trova nel legato, nella disposizione medesima, ma nella clausola che riguarda l'esecuzione del legato, che indica la maniera di pagarlo; ed in tal caso, tutt'i dottori decidono unanimamente, che questo corpo certo di cui il testatore à favellato, non forma una condizione necessaria; che ciò non è che una dimostrazione favorevole, fatta dal testatore per far intendere al suo erede o al suo legatario, e forse ad ambedue, in qual natura di effetti la sua volontà potrà essere più facilmente adempita. Questa distinzione è fondata sopra i testi i più chiari ed i più formali: la l. 108, § 10, ff. *de legatis* 1.° o la l. 8, § 2, ff. *de legatis* 2.° ne confermano la prima branca; la seconda è giustificata dalla l. 96, ff. *de legatis* 1.° e dalla l. 27, § 2, ff. *de legatis* 3.° ».

Da ultimo sono notevoli due osservazioni: 1.° Se il legato è *limitativo*, l'erede è obbligato a cedere i titoli al legatario, il quale deve agire a sue spese sul fondo e sulla persona pel conseguimento della cosa legata; l.88, § 8, ff. *de legatis* 2.°;—2.° Quando l'assegnamento è *dimostrativo*, il legatario è obbligato, prima di ricorrere personalmente contro l'erede, a discentere, sia il debitore, sia il fondo indicato dal testatore, pel pagamento del suo legato. È questa la dottrina di Furgole adottata dall'autore dell'art. *legs* nel rep. di Merlin, sez. 4, § 3, n. 9.

II.

Dell' estensione de' legati, ed accessori delle cose legate.

Dopo di aver discorso delle cose che possono formar oggetto di un legato, conviene far

V. gli 791, 794, 935, 966, 979, 1204.

Ma se per effetto dell'azione ipotecaria il legatario sarà obbligato a pagare il debito di cui era gravato il fondo legato, egli subentrerà nelle ragioni

---

parola del moda come debbo aver luogo la esecuzione delle cose legale. È questo l'oggetto degli art. 972 e 973.

I. In primo luogo, si dice nell'art. 972, che la cosa legata sarà rilasciata cogli accessori necessari, e nello stato in cui si troverà nella morte del testatore. Con questa disposizione il codice à voluto deciferare la controversia dagli antichi giureconsulti agitata, se nel regolare l'estensione di un legato, si debba aver riguardo al tempo della morte del testatore, o a quello in cui il testamento è stato fatto. Gli accessori necessari d'altronde della cosa legata ne fanno una parte integrale; e dopo questa teorica non può esservi più imbarazzo nella pratica, che sulla quistione di sapere, se le cose sopravvenute dopo il testamento, sieno accessorio alla cosa legata o pur no. Non essendo possibile su di ciò dare delle regole generali, è in vista della natura di ciascuno legato che bisogna decidere queste tali quistioni. Laonde ci limiteremo ad enunciare le conseguenze che risultano da' due principi sublimati in legge dall'art. 972.

Primo — Conseguenze del principio che la cosa legata deve rilasciarsi cogli accessori necessari.—Si possano distinguere due sorte di accessori delle cose legate; quelli, che naturalmente accompagnano la cosa, o che senza esprimerli sono compresi nel legato; e quelli che vi si aggiungona per una disposizione particolare del testatore: Domat, p. 2, l. 4, tit. 2, sez. 4, n. 2. Or l'art. stabilendo in principio che la cosa legata deve rilasciarsi cogli accessori *necessari*, intende parlare degli accessori della prima specie, ossia di quelli senza dei quali la cosa legata non potrebbe servire al suo uso ordinario, di quelli che vi sono annessi per una disposizione della legge. Quindi:

1.° Un fondo legato dev'essere rilasciato con i mobili annessi a perpetuità, giusta gli art. 447 e 448, con i bestiami e gli utensili inservienti alla coltura delle terre, art. 1020. Toullier, t. 5, n. 531; Grenier, n. 316.

2.° Il legato di una casa comprende quello del giardino che ne dipende, benchè separato da un sentiero o da una strada. Domat, p. 2, lib. 3, tit. 1, sez. 6, n. 14; Rep. di Merlin, v. *legs*, sez. 4, § 3, n. 15; Toullier, t. 5, n. 531.

3.° Il legato di una casa con gli utensili ed i mobili che vi si trovano, riceve la sua estensione, secondo le regole dettate nell'art. 461. Il legato de' mobili, della mobiglia, del mobiliare, degli effetti mobili s'intende nel senso degli art. 458 a 460.

4. L'accessorio della cosa legata è qualche volta di maggior valore della cosa principale; ciò non ostante appartiene a chi è stata la cosa legata. Così, p. e., le gemme incastrate nella cassa di un orologio ne fanno un ornamento ed un accessorio, ma seguiranno il legato dell'orologio: Domat, p. 2, lib. 4, tit. 2, sez. 4, n. 16.

Secondo — Conseguenze del principio di doversi la cosa legata consegnare nello stato in cui trovasi al momento della morte del testatore—I miglioramenti o le deteriorazioni avvenute dopo il testamento vanno in beneficio o in danno del legatario, ed è perciò che lo art. 999 dichiara caduco il legato quando la cosa è perita interamente. Nelle leggi romane si trovano molti esempi che posson servir di guida nella risoluzione delle quistioni particolari per determinare l'estensione de' legati. Si raccoglie da quest'esempi, che tutto quello che sopravviene a ciò che dicesi in dritto *universalità*, ne è riputato parte integrante, e conseguentemente aumenta il legato. Il § 20 *de legatis*, alle institute, dice: «se siesi legato il peculio di uno schiavo, tutto ciò che vi sopravviene di aumento o di diminuzione in vita del testatore, è in beneficio o a perdita del legatario.» Aggiungo il § 18 dello stesso titolo: «Giuliano dice, che le pecore che sono state aggiunte alla greggia dopo il testamento, fan parte del legato. Ed in vero, una greggia è un corpo, un'unione, un tutto composto di più teste separate le une dalle altre; del pari che un edificio è un corpo composto di più pietre insieme.» Decidono, giusta lo stesso principio, le leggi 64, ff. *de legatis* 3.° ed 88, ff. *de legatis* 2.°, che il legato di un *calendario*, vale a dire di un giornale di crediti, comprende i crediti che il testatore vi à inseriti dopo il testamento. Si presume in una parola, che sia volontà del testatore aumentare il legato, quando dopo il testamento à aggregato altre cose particolari alla universalità legata. Ma se risultasse dalle circostanze, che alla insaputa del testatore si fossero trasportati effetti del genere designato nel luogo di cui parla il testamento, allora le cose trasportate non fan parte del legato. Così, dice la l. 52, § 2, ff. *de legatis* 2.°, un testatore avea legato tutto ciò che si troverebbe nel suo granaio; ed il legatario aveva, senza sua saputa, trasportato molti effetti in questo granaio: si domandò se questi effetti eran compresi nel legato, e'l giureconsulto Modestino rispose di no. La l. 39, § 2, ff. *de auro*, decide una specie ad un di presso consimile: Io lego tutta l'argenteria che si troverà alla mia morte nella mia casa di campagna. Prima che io

del creditore contra gli eredi e successori a titolo universale. Lo stesso avrà luogo parimente a favore del legatario particolare in usufrutto, il quale, se vien forzato a pagare i debiti per cui il fondo è ipotecato, avrà lo stesso regresso contra l'erede proprietario del fondo, nel modo spiegato nell'articolo 537 (1).

---

muoia, si trasporta dalla città olla mia casa di campagna, dell'argenteria cho non vi si trovava all'epoco del testamento: quest'argenterio apparterrà mai al legatario? Il giureconsulto Giavoleno risponde ch'essa gli apparterrà, se il trasporto ne sia stato fatto per mio ordine, altrimenti ch'essa rimorrà all'erede—Si può ancho vodero o questo proposito la l. 18, § 12, ff. *de instructo*, e la l. 34, § 1, ff. *de legatis* 3.°

Terzo—Frutti pendenti — Per ciò che riguarda i frutti pendenti all'epoca della morte del testotore, taluni giureconsulti opinavano di esser dovuti ol legatario, quandoanche la domanda di rilascio fosse instituita dopo il ricolto, pel motivo che il legatario dove ricevera il suo legato nello stato in cui il testatore l'à lasciato; o su di ciò le leggi rumane presentovono ampia materia di discettazione: Voet, *ad pandectas*, lib. 30, tit. unic., n. 48.—Delvincourt, lib. 3, tit. 4 nota 296 concilio nel seguente modo il principio, cho la cosa si debbe rilasciare nello stato in cui si trova all'epoca della morto del testatore, col principio cho i frutti non appartengono al legatario, giusta l'art. 968, che dal di della domanda. Se l'erede, egli dice, fosse obbligato di rendere al legotario i frutti provegnenti dalla ricolta ch'ero pendento nel tempo dello morte, è chiaro cho lo cosa gli verrebbe consegnata in uno stato migliore, giacchè un ricolto immoturo nou valo quanto un ricolto maturo e taglinto; ed avverrà d'altronde che il legatorio profitterebbe de'frutti dal momento dello morte, contro la disposizione della legge. Se per l'opposto si oggindicossero i frutti all'erede, lo cosa sarebbe consegnata in uno stato peggiore di quollo in cui era all'epoco della morto. Bisogno dunque stimare l'aumento che la circostanza de' frutti pendenti dee dare alla terra, dietro lo stato in cui trovovansi nel tempo dello morte, o che questo oumento dee formar parte del legato, e va per consegnenza in tutt'i casi dovuto al legatario.

II. *Degli acquisti aggiunti all'immobile legato, e degli abbellimenti, fabbriche ed altri oggetti.*— Si quistionova anticamente, so cioè gl' aumenti avvenuti su di un fondo legato cedevano a favore del legatorio a dell'erede. La l. 24, § 2, ff. *de legatis* 1.° stabiliva cosi: se, dopo aver legato un fondo, il testatoro vi aggiunge un nuovo terreno, nell'intenzione di aumentorlo, il terreno aggiunto potrà esser domandato dal legatario. Lo stosso sarebbe in caso di alluvione ». Aggiungeva la l. 10, ff, *de legatis* 2.° « Quando un fondo sia stato legato assegnatamente, ciò cho il defunto vi à aggiunto dopo il tostamento, accresco al legatorio, quantunque il legoto sia concepito in termini cho non ànno affotto relazione all'avvenire, come *il fondo che io ho*, purchè intanto il testatore nou abbia posseduto separatamente questa parte, e ch'egli l'abbia al cootrario confusa e per cosi dire identificata col fondo legato » — L'art. 973 stabilisce una distiozione, riguardo agli aumenti provenuti dal fatto del testatore. Gli acquisti fatti dopo il testamento, e che ànno aumentola l'estensiono dol fondo legato, non si presumo cho foccian parte del fondo, oncorchè sieno contigui, a mena cho il fondo non sia chiuso, e gli ocquisti non abbiano serviti od ompliarne il circuito. Quindi osserva il Toullier, t. 5, n. 534, un pezzo di terro acquistoto dopo il testamento, e riunito al podere legato, non farebbe parte dol legato, a meno che non fosse stato incorporato ad un altro o chiuso nello stesso circuito, obbattendo i fossati che li separavano prima dell'acquisto, per farne un solo pezzo di terra. Gli abbellimenti poi e tutte le fabbriche fatte dal testatore sul fondo legato dopo il testomento, formano parte del legoto.—Ma dovrebbe decidersi nello stesso modo, quanto volte legata una semplice aja atta a fabbricare, *area*, avesse di poi il testatore costrutta una casa su quel terreno? Le leggi 39, ff. *de legatis* 1.°, 44, ff. *de legatis* 1.°, e 98, § ult. ff. *de solutionibus* decidono affermativamente. Il contrario però sembro risultare dallo l. 75, § 2, ff. *de legatis* 2.°—Sotto l'impero del codice sembra doversi decidere, cho la casa del pari cho il suolo sio dovuta al legatario. Duronton, t. 9, n. 267.

(1) I. Dovendo lo cosa legata rilasciarsi nello stato in cui si troverà al tempo della morte del testatoro, il primo comma dell'art. in esomo n' é una conseguenza. L'usufrutto è uno smembramento della proprietà, e si presume che il testatore abbia voluto limitare il legato alla nuda proprietà.

Gravato di un debito ipotecario la coso legata, il dritto romano decidova che il peso di soddisfare oll' ipoteca cadeva sull' oredo, quando il testatore sapeva cho il fondo do lui legoto cro ipotecato, e sul legotario, quando il testatore l' ignorava; § 5 Inst. *de legatis*. Il nostro art. non ammette questa distinzione, ed il legatario non è tenuto a rendere libe-

V. l'art. 1199.

975. Quando il testatore abbia legato una cosa altrui, il legato sarà nul-

---

ra la cosa legata dalla ipoteca che vi gravita, che nel solo caso di esserne espressamente incaricato dal testatore.

Ma come conciliare il primo comma dell'art. in esame col secondo comma (il quale nel codice francese forma l' articolo 874 sotto il titolo delle *successioni*) e coll' art. 979? Il signor Moleville à creduto trovarvi un'antinomia, ma gli altri giureconsulti con solidi ragionamenti li ànno conciliati. L' art. 792 stabilisce che il legatario particolare non è tenuto a' debiti e pesi dell'eredità, soggiungendo, *salva l'azione ipotecaria sull'immobile legato*, perciocchè il creditore ipotecario avendo il dritto di perseguitare l' immobile nelle mani di chi le possiede, può certamente perseguitarlo anche nelle mani del legatario particolare. Questo stesso principio ripete l' art. 979. Ma il legatario particolare che paga o rilascia il fondo al creditore ipotecario à il regresso contro gli eredi e successori a titolo universale che per legge sono tenuti al pagamento de'debiti ereditari, art. 792; e perciò il secondo comma dell' art. 974 (art. 874 cod. franc.) fa subentrare il legatario nelle ragioni del creditore; surrogazione che non à bisogno di essere espressa, derivando dalla legge. Quindi il legatario che à pagato il creditore ipotecario può esercitare l'azione personale contro gli eredi e legatari a titolo universale, e l'azione ipotecaria contro i detentori di altri immobili ipotecati allo stesso debito.—Ciò premesso, è facile intendere il primo comma dell' articolo in esame, che non obbliga l'erede *a render libero* il fondo legato dalla ipoteca. Il legislatore à preveduto in questo comma un caso che avviene spessissimo, cioè che sia costituita un' ipoteca per un credito eventuale, e condizionale, o a termine. Solo perchè l'erede è obbligato a pagare i debiti, non à voluto il legislatore, che il legatario prima di esser molestato dal creditore, obblighi l' erede a render libero il fondo legato dalla ipoteca. L'ipoteca non priva il legatario del godimento del legato, e per conseguente fin tanto che il creditore ipotecario non agisce, non può esser l' erede forzato a render libera la cosa legata dall' ipoteca, innanzi l'epoca del pagamento, o prima dell'avvenimento che ne dee operare l'estinzione: Grenier, n. 318; Chabot, *success*. sull'art. 874; Toullier, t. 5, n. 538; Merlin, rep., v. *legataire*, § 7, art. 2, n. 4; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 308; Duranton, t. 9, n. 257.

Raccogliamo. È una regola generale, che il legatario a titolo particolare non è tenuto al pagamento de' debiti ereditari, anche ipotecari. Possono però esservi de' casi ne' quali contribuisce almeno indirettamente, come si vedrà nella nota 1, p. 125.

La seconda parte del 2.° comma dell'art. in esame, aggiunta al corrispondente art. 874 del codice francese, non è che una dichiarazione dell'art. 537, e di ciò che i citati giureconsulti avevano insegnato.

II. I pesi reali, che dal testatore sono stati imposti sulla cosa legata, dovendosi sopportare dal legatario, si è presentata la quistione, se il legatario particolare deve pagare le rendite fondiarie, o pure può chiedere che sieno affrancate dall'erede. Anticamente il legatario era tenuto delle rendite fondiarie (Merlin, quostioni v. *legataire*, § 3), perchè costituivano veri pesi reali. Ora che sono dichiarate mobili e redimibili dall' art. 453, si sostiene che le rendite non sono che crediti ipotecari, ed ànno perduto il carattere di cosa reale inerente al fondo; e per conseguente non obbligando il fondo che a titolo d'ipoteca, il legatario non è tenuto ad estinguerle, ma solamente a tollerare l'ipoteca. È questa la dottrina di Toullier, t. 5, n. 538, di Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 310, e Grenier, che nella prima edizione del trattato *delle donazioni* aveva sostenuto l'opinione contraria, si è ritrattato nella seconda, n. 329.—La teorica contraria è sostenuta con solidi ragionamenti da Proudhon, *de l'usufruit*, n. 1834 a 1844, ed ecco in succinto l'analisi della sua dottrina: 1.° Un credito può essere puramente mobiliare, ed intanto gravare il fondo, o formare un peso del suo godimento in qualunque mano passi. Così l'imposizione fondiaria è un credito tutto mobiliare per parte del governo, e per sicurezza di questo credito l'art. 2007 neanche accorda ipoteca legale; intanto il privilegio del tesoro poggia sulla proprietà, perchè si percepisce in proporzione del suo valore. Laonde, l'argomento tratto da che la rendita fondiaria è oggi mobile, nulla prova, poichè il contributo fondiario è altresì una rendita ed un credito, e la sua qualità mobiliare non impedisce che l'imposta non sia un peso del godimento del fondo. 2.° Nell'antica legislazione, quantunque le rendite fondiarie fossero naturalmente irredimibili, potevano imperianto stipularsi redimibili: nell'uno o nell'altro caso eran un carico annuale che pesava sulla proprietà. Or la facoltà del riscatto che oggi la legge à stabilito in favore del possessore del fondo, non lo priva della facoltà di abbandonare il fondo medesimo, come del pari il creditore per gli arretrati può fare pronunziare la risoluzione del contratto; e quindi come potrebbe agire il creditore contro l'erede che sarebbe estraneo al fondo? Non può dunque far pronunziare la risoluzione che in con

lo, abbia o no il testatore saputo che essa non gli apparteneva (1).

976. Quando il testatore abbia accordato la scelta, sia all'erede, sia al le-

---

traddizione del legataria del fondo, il quale deve la rendita; 4.° Una rendita fondiaria può essere stabilita a parte, cioè per una quata di frutti, il terzo, il quarto ec.; ed allora, como il creditore che à dritto di prendere la sua porziane di frutti in natura o sul fondo, può esser rinvioto a richiedere il suo pagamento contro l'erede? 5.° La rendita fondiaria, non è che un peso reale, che segue necessariamente il fondo, ed il possessore non è tenuto a pagare, che fino o che possiede il fondo; l'erede quindi non può essere tenuto per un fondo che non possiede; 6.° Una cosa non è reputata legata dal testatore, che nello stato in cui trovovasi nelle sue mani, art. 972. Se dunque vi è bisogno d'interpetraro la volontà del testatore, convien dire cho il testatore non à voluto legare l'immobile, che nella condiziane sotto la quale le possedova, o per conseguente sotto l'obbligo di pagare la rendita.

(1) In continuazione di quanto si disse nella nota 1, pag. 115, sullo cose cho si possono legare, qui dobbiamo esaminare se si possa legare la cosa altrui. Il dritto romano dichiarava volido il legato della cosa altrui, nel caso che il testotore avesse saputo ch'essa apparteneva ad altri, o non già se egli credovasene proprietario: il legatario doveva provare che il testatoro sapeva che la cosa legata apparteneva od altri; § 4. Inst. *de legatis*. L'effetto di tal legato consisteva unicamento in ciò, cha l'erede ero obbligato, quante volte non poteva ottonere la cosa, di pagarne la estimazione al legatario; ma il terzo non poteva certamente esser obbligoto o rilasciare suo malgrado la cosa che gli apparteneva.

Il nostro codice si è ottenuto ad altri principi. L'ort. in esome dichiora nullo il legato della cosa altrui, sia che il testatore sapevo cho lo cosa non gli apparteneva, sia che nol sapeva «Secondo gli antichi principi, diceva Favard innanzi al carpo legislativo, la cosa altrui potova legarsi, quantunque il testatore sapeva che non gli appartenova. Questo decisione era fondato più in sottigliezze, che in ragione. Quando il testatore sa che la cosa che lega non gli oppartiene, fo un legato derisorio, quando l'ignora, vi è errore; in questi due casi, il legato dev'essere annullato». Locré, t. 5, p. 371, n. 19.

Ciò premesso, dobbiomo esaminare: 1.° A quali cose si applica la disposizione dell'art. 975; 2.° Se il divieto di legaro la cosa altrui comprende il lagato dello cosa dell'erede.

I. *A quali cose si applica l'art. 975*—Vietando l'art. 975 il legato della cosa altrui, intende applicare la sua sanzione a' legati di carpi certi che non si trovano nel patrimonio del testotore, e che appartengono a qualcho persona doterminata: tale sarebbe il legato del cavallo di Tizio, del fondo di Cajo, della casa di Mevio. Ma i legoti di cose indeterminate, di cose ch'esistono in quaotità, come il danaro, il grano, il vino ec. cho non si trovano nel patrimonio del defunto, sono validi, o l'oredo sarà obbligato o comprarli, o a pagarne il prezzo ol legotarie; Toullier, t. 5, n. 536; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 291; Duranton, t. 9, n. 243.

II. *Se nel divieto del legato della cosa altrui è compresa quella dell'erede.*—Secondo la l. 67, § 8, ff. *de legatis* 2.° il legato della cosa che apportiene all'erede è valido, onche se il testatore abbia ignorato cho apparteneva oll'oredo, perciocchè l'oredo che si trovo proprietario della cosa legata non à bisogno di ricomprarla per consegnarla al legatario. Sotto l'impero del codice, Toullier, t. 5, n. 517 si pronuazia per la validitò del logoto, nè trova ostacolo nell'art. 975, che non proibisce di legare la cosa dell'erede, como proibisce di legare la cosa oltrui; ed aggiunge che il legato della cosa dell'erede è soprattutto incontrastabile, quando la cosa legata appartiene all'erede istituito o ol legatario universale, poichè il legato è allora una vera condizione o un peso della istituzione. Duranton, t. 9, n. 251 fa uno distinziano: se il testatore ovesse saputa esser quella positivamente appunto la cosa dell'erede, quando anche non avesse dichiaroto espressamente che intendeva di legare la cosa dell'oredo, il legato è valido. Ma ollorchè il creditore credesse legaro la sua cosa, o quella intanto appartenesse all'erede, il legato sarebbe nullo. Finalmente Merlin nelle addiziani al rep. v. *legs* sez. 3, § 3, propone un terzo sistema: egli esomina o fondo la quistione e si pronunzia per la nullità del legato della cosa dell'erede, poichè l'art. 975 dichiarando lo nullitò della cosa altrui, non vi è ragione per non riguardare come tale tutto ciò cho non appartieno ol testatore. Se si ammette che per la validità del legato della cosa dell'erede bastasse rivestirlo della forma di un peso o di una condizione, dovrebbe dirsi lo stesso del legato di uno cosa aliena, e così sarebbe clusa la disposizione dell'art. 975. È al certo cosa ridicola far dipendere la esecuzione della legge dal modo delle espressioni. Laonde conchiudo ragionevolmente Merlin, che la condizione apposto all'erede di rilosciare la cosa sua al legotarie, debbe riputarsi como non iscritta, perchè contraria alla legge, art. 816.

Segue da questa discussione, che oggi il legato della cosa del legatario medesimo è nulla in tutt'i casi, sia che si trovasse la cosa in tempo della morte del testatore presso il le-

V. l'art. 1147. gatario, questo diritto si tramanda all'erede. Fatta la scelta, non vi sarà luogo a pentimento (1).

---

gatarin medesimo, sia presso un terzo per averla alienata: il legato è in tutt'i casi dello cosa altrui, e cade nella sanzione dell'art. 975: Duranton, t. 9, n. 252. Per dritto romano si ammetteva impertanto una distinzione: ne'legati puri o semplici, la nullità era dalla legge dichiarata, *quia quod meum est, amplius meum fieri nequit:* e similmente il legato era nullo, quando il legatario non era più all'epoca della morte del legatario, domino della cosa legata; § 10, Inst. *de legatis*. Quando poi il legato era fatto sotto condizione, e la cosa non apparteneva al legatario nel tempo della morte del testatore, valido sarebbe stato il legato, poichè valido ero il legato della cosa del legatario, e la regola catoniana non si applicova a' legati condizionali; l. 18, ff. *de legatis* 2.°, l. 98, ff. *de condit. et demonstrat.*

(1) Quando un testatore lega indeterminatamente una cosa fra molte della medesima specie, o una quantità, vi sono tre cose a considerare per regolare gli effetti della disposizione: l'una di sapere in qual caso tal legato sia valido o nullo; l'altra, in qual modo il legatario può esercitare i suoi dritti, quando il testatore gli à accordato il dritto di scelta, e la terza, in qual modo si debbono regolare i dritti rispettivi dell'erede e del legatario, nel silenzio del testatore. Di queste tre disamine, le due prime formeranno oggetto di questa nota, e la terza della nota seguente.

I. *Quando sia valido il legato di una cosa indeterminata.*—Una cosa è determinata, nel senso de' giureconsulti, quando se ne conoscono la specie, la qualità e la quantità: *quid, quale, quantumque sit;* l. 74, § *de V. O.* Da ciò nasce, che l'art. 1083 prescrive, di dovere la cosa che forma oggetto della obbligazione esser determinata almeno nella sua specie, affinchè si possa conoscere quale sia la cosa premessa, *quae sit res in obligationem deducta*. Quindi per giudicare se il legato di una cosa indeterminata sia valido, tanto nei legati di cose certe, che ne'legati di quantità, bisogna distinguere: se la specie legata abbia limiti in sè stessa, il legato è valido, perchè il silenzio del testatore può esser supplito con ciò che si chiama *arbitrium boni viri:* lo stesso debbe dirsi di un legato di quantità che il defunto non à fissata, ma che possa determinarsi. Al contrario, il legato è nullo, se la specie non abbia limiti fisici e morali, e la quantità non possa determinarsi. Così il legato di un fondo, di un animale, è un legato derisorio, perchè indeterminato nella specie, e l'erede potrebbe liberarsi consegnando al legatario una mosca, un centesimo di un jugero di terreno. Del pari il legato del pane, del grano ec. è anche nullo, perchè non potendo determinarsi la quantità, l'erede potrebbe render elusorio il legato, consegnando al legatario un acino di grano. Ma il legato di un cavallo, di una delle case che possiede il testatore, del pane per quanto basta ad alimentare il legatario o la sua famiglia, è validissimo, perchè può determinarsi la specie del legato del cavallo e della casa, e determinarsi la quantità del pane; l. 71 a 75, ff. *de annuis legatis;* Voet *ad pandectas*, lib. 30, tit. *unic.*, n. 17; Domat, lib. 4, t. 2, sez. 2, n. 28; Toullier, t. 6, n. 139 a 145; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 292; Duranton, t. 9, n. 240.

II. *Della scelta accordata al legatario, o all'erede*—L'art. 976 à per oggetto di regolare l'esercizio de'dritti del legatario o dell'erede, secondo che all'uno o all'altro il testatore à accordato il dritto di scelta. Nel codice francese non era testualmente risoluto questo punto, ma i dottori seguendo le tracce degli antichi giureconsulti, avevano ritenuto le dottrine stabilite nel dritto romano in siffatta materia. Noi non abbiamo che a seguire le regole tracciate nel titolo *de optione et electione legata*, che formar possono il più bel comentario dell'art. 976.

Primo—A chi può esser deferito il dritto di scelta—Lo può essere dal testatore deferito all'erede o al legatario, o ad una terza persona; l. 2, ff. *de opt. vel elect.* leg.; l. 110, ff. *de legatis* 1.°, l. ult., § 1, C. *communia de legatis*—Colui cui è deferito il dritto di scelta non può esercitarlo per mezzo di un procuratore, poichè la scelta è un atto personale: Voet, *ad pandectas*, lib. 33, tit. 5, n. 4.

Se il legatario o l'erede non può esercitare il dritto di scelta per essere minore, e interdetto, deve il tutore esercitare il dritto nell'interesse di colui che rappresenta, art. 373. E come questo atto non può dirsi di semplice amministrazione, il tutore dev'essere autorizzato dal consiglio di famiglia, arg. dell'art. 384.—Se la scelta è deferita ad un terzo che si rifiutasse, decide la l. ult. § 1 ff. *communia de legatis*, che il legatario potrebbe domandare all'erede l'una delle cose, di cui la scelta gli sarebbe stata attribuita, e che fosse di un valore medio tra ciò che vi sarebbe di più prezioso e di minor prezzo; perchè si presume che il testatore avesse scelta una persona terza, affinchè gl'interessi dell'erede o del legatario fossero ben diretti rispettivamente. Se non si possono accordare su tal proposito, converrebbe che la scelta si facesse da una persona che avesse il giudice nominato. Domat, p. 2, lib. 4, tit. 2, sez. 7, n. 6.

977. Quando il legato sia di una cosa indeterminata senza dritto di scel-

---

Se colui cui è deferita la scelta muore prima di esercitarla, decide l'art. 976, che il dritto di scelta si trasferisce all'erede; ed il § 23, Inst. *de legatis*, prevedendo il caso che più legatari cui si è deferita la scelta, o gli eredi non sieno di accordo tra loro sulla cosa che debbono scegliere, decide qual partito devesi prendere; cioè che la scelta devesi fare da colui che la sorte avrà chiamato a farla. S'intende già che il dritto di scelta si trasmette quando il legato è puro e semplice: ne'legati condizionali la premorienza del legatario all'avveramento della condizione, estingue il dritto; l. 15, § 1, ff. *quando dies legat. cedat.*

Qui si presenta una quistione. Il testatore lega a Tizio una somma di danaro o l'usufrutto di un fondo, a sua scelta. Tizio muore prima di avere fatto la scelta, ed il suo erede non potendo scegliere l'usufrutto ch'è per sua natura intrasmissibile, potrà scegliere il danaro? La l. 14, § 1, ff. *quando dies legatorum cedat*, risponde di sì, donde consegue che la non trasmissibilità di una delle cose destinate al legato di scelta, non reca veruno ostacolo alla trasmissione degli altri.

Secondo—Come dev'esercitarsi il dritto di scelta—Il legatario cui la scelta appartiene, può esercitarla sulla migliore di tutte le cose che vi son soggette, l. 2, ff. *de opt. legata*, o l. 9, § 7, ff. *de dolo malo*. Ma questa regola ammette una restrizione, quando fra le cose su cui può il legatario esercitare il dritto di scelta, se ne trovasse qualcuna che fosse singolarmente necessaria per assortire qualche bene della successione: in tal caso, questa cosa può eccettuarsi dalla scelta del legatario, salvo ad indennizzare costui in danaro, laddove non si rinvenisse alcun'altra cosa di valor eguale a quella che rimane per l'erede. Questa decisione è fondata sul perchè il dritto del legatario non deve estendersi sino al potere di nuocere all'erede. Del pari, se un testatore lascia al legatario il dritto di scegliersi una pariglia di cavalli, tra le pariglie che sono nella sua scuderia, non può scegliere un cavallo da una pariglia, ed un altro da un'altra. Queste restrizioni sono fondate sulla l. 19, § 2, e l. 38 § 1, ff. *de auro argento legatis*; Domat, p. 2, lib. 4, tit. 2, sez. 7, n. v; Voet, *ad pandectas*, lib. 33, tit. 4, n. 2.

Similmente, se la scelta è accordata all'erede, à questi la facoltà di dare quel che vuole al legatario. Ma se il legato fosse di cose, che nella medesima specie possono essere di diverse qualità, buone o cattive, come cavalli, tapezzerie; in tal caso la facoltà che avrebbe l'erede di scegliere non giungerebbe a segno di potere scegliere una tapezzeria vecchia e lacera, o un cavallo bolso. Imperciocchè non potrebbesi presumere, che il testatore avesse voluto dare questa estensione al dritto di scegliere, che à lasciato al suo erede; l. 110, ff. *de legatis* 1.°; Domat, p. 2, lib. 4, tit. 2, sez. 7, n. 4.

Terzo—Termine nel quale deve farsi la scelta, e conseguenze della mora—La scelta deve farsi nel termine stabilito dal testatore, e se il testamento non à determinato il tempo, la scelta deve aver luogo nel termine fissato dalle parti di accordo, o dal giudice, l. 6, ff. *de opt. legata*. Non facendo il legatario la scelta nel termine stabilito, o pure quando è stato posto in mora dall'erede ad eseguire la scelta in un termine convenevole e relativo allo stato delle cose non cura di farla, egli è tenuto a sopportare i danni interessi. Suppongasi, per esempio, che i due cavalli, di cui uno è legato a scelta del legatario, vengano a perire dopo il tempo nel quale la scelta avrebbe dovuto esser fatta, la perdita verrebbe sopportata dal legatario. La ragione è, che l'erede non avendo bisogno di alcuna de' due cavalli, avrebbe potuto vendere quello che gli sarebbe rimasto dopo la scelta del legatario, se egli l'avesse fatta nel termine convenevole: Domat. p. 2, lib. 4, tit. 2, sez. 7, n. 9—Lo stesso dicasi, se la scelta essendo dell'erede, egli sia in mora a farla; la risponsabilità pel ritardo è tutta sua, poichè si presume che, se la cosa legata fosse stata rilasciata nel tempo convenevole, il legatario l'avrebbe venduta, o ne avrebbe prevenuta la perdita. D'altronde, se delle cose di cui si dovesse fare la scelta, talune non fossero presenti, ed una mora troppo lunga nuocesse al legatario, costui potrebbe obbligare l'erede, o a fare una scelta tra quelle che fossero presenti, o a dargli la stima di una delle altre; l. 47, § 3, ff. *de legatis* 1.°; Domat, ibid., n. 8.

Ma se, le cose sottomesse alla scelta, perissero per caso fortuito e senza incorrere in mora colui che dovea fare la scelta, ciascuno perde ciò che avrebbe avuto senza il caso fortuito; ciò non pertanto, se rimane una sola di queste cose, essa deve appartenere al legatario. La ragione è che, quantunque il suo legato sia stato un dritto di scegliere, o che non sievi più scelta da fare, l'intenzione del testatore era che egli avesse una delle cose a scegliere: che perciò, quella che rimane dev'essergli rilasciata; Domat, ibid., n. 10. Del pari, se dopo la scelta, la cosa viene a perire, il danno è del legatario, che n'è il proprietario: *res perit domino*; l. 84, § 9, ff. *de legatis* 1.°; Domat, ibid., n. 11.

Quarto—Su quali cose può esercitarsi il dritto di scelta—Su tutte quelle che appartenevano al testatore al tempo della sua morte. Quindi può il legatario cui è deferita la scelta,

V. l'art. 1199.

ta, l'erede non è obbligato a darla della migliore qualità; ma nè pure potrà darla della peggiore (1).

V. gli art. 1243 e seg.

978. Il legato fatto al creditore non si reputa fatto in compenso del credito, nè il legato fatto al domestico in compenso de' suoi salarj (2).

---

revindicare la cosa che sceglio e che si trovasse alienata dall'erede, l. 14, ff. *de opt. legata;* può costringere il terzo nelle cui mani trovavasi depositata anche in vita del testatore, ad esibirla, l. 8, § 3, ff. *de opt. legata*; Voet, lib. 33, tit. 4, n. 2.

Quinto—La scelta è irretrattabile—Così decide l'art. 976, uniformemente alla l. 20, ff. *de optione legata*, per lo ragione che il dritto che il testatore avea dato all' erede o al legatario, è perfezionato con la prima scelta. Vi possono però essere delle giuste cause per le quali lo scelta potrebbe aver luogo di nuovo. Così, se l'eredo per dolo o per azzardo non presentasse al legatario tutte le coso della successione che sono dello specie di quelle di cui la scelta è legata, il legatario potrebbe scegliere di nuovo; l. 5, ff. *de opt. legata*. Voet, su detto titolo, n. 8.

Sesto—Della scelta di un numero di cose non determinato nel testamento—La l. 1, ff. *de optione legata* decide che, se un testatore lega il dritto di scegliere, in una certa specie di cose, un numero che non determina, il legatorio possa scieglierne tre. Ciò è per favorire la volontà de' testatori, mentre nelle altre elocuzioni il numero plurale comprende due cose; l. 12, ff. *de testibus*. Voet, *ad pandectas*, lib. 33, tit. 4, n. 1.

Settimo—Se il testatore legasse una o due cose fra molte, a scelta del legatario, lasciando il rimanente ad un altro, e quegli che avesse la scelta, rinunziasse al suo dritto, tutte queste cose apparterrebbero al secondo legatario, e l'erede non ne avrebbe alcuna. La ragione è, che l'espressione delle cose che rimangono dopo la scelta del primo legotario, le comprende tutto, quando ei non ne prende alcuna; l. 17, ff. *de opt.*; Domot, ibid., n. 14.

(1) Nella nota precedente abbiamo dato ampi sviluppamenti su ciò che riguarda il dritto di scelta, che sono applicabili all' articolo in disamina, dal quale si può dedurre, che la scelta appartiene all' erede, quando il testatore non siesi spiegato nel testomento. Nel dritto romano eranvi delle leggi che sembrovano su di ciò contrarie: Voet, *ad pandectas*, lib. 33, tit. 5, n. 6; Domat, p. 2, lib. 4, tit. 2, prelim. alla sez. 7; Vinnio, nel § 22, Inst. *de legatis*. Oro l' art. 977 dando la scelta all' erede, non ometto di dichiarare che ne' legati di una cosa indeterminata, se non è obbligato a darla dello miglioro qualità, neppure deve darla della peggiore: *legato generaliter relicto, veluti hominis, Cassius scribit id esse observandum, ne optimus, vel pessimus accipiatur;* l. 37, ff. *de legatis* 1.°

(2) l. Le leggi romane non decidevono per regola generale, se il legato fatto dal debitore al suo creditore, imponovo o costui l'obbligo di compensore il suo credito con la cosa legata; ma trovavonsi nel corpo del dritto risoluzioni su casi particolari, le quali non eran sufficienti ad evitare le controversie e rendere fluttuante la giurisprudenza. Rigettavano la compensazione le l. 85, ff. *de legatis* 2.°, 4, ff *de dotis collatione*. Offrono esempî di casi ne' quali si credeva che il testatore volesse compensare il suo debito con quel che ei legava, la l. 84, § 1, ff. *de legatis* 1.°, l. 22, § 1, ff. *de alimentis legatis*; l. 34, § 5. ff. *de legatis* 2.°, l. 22, § 3, ff. *soluto matrimonio*: Cardinal do Luca, *theatr. verit., et justit.*, tit. *de legat.*, disc. 15. A deciferore ogni controversia l'art. 978 à deciso, che il legato dal debitore non si reputa fatto al creditore in compenso del suo credito. Ma ciò non è che uno presunziono della legge, e questa presunzione non impedisco che se il debitore dichiora di compensare quel che doveva al creditore con quel che à dato col legato, è certo che il creditore non può simultaneomente dimandare il legato ed il credito. In questo caso però lo compensazione non può impedire al legatario di domandaro il soprappiù di ciò che gli è dovuto, sopro quel che il testatore gli à dato, per la ragiono che il legatorio non può esser gravoto al di là del suo emolumento: *non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est*; l. 114, § 3, ff. *de legatis* 1.°

Ma qual è l'effetto dolla ricognizione del debito nel testamento, contro gli eredi del testatore, e nell' interesse del creditore? Bisogna distinguero, se lo ricogniziono è fatta a favore di uno persona incapace di ricevere, o a favore di uno persona capace. Nel primo caso, la ricogniziono si presumo fatta per frodare lo legge, e non può produrre effetto, per la massima, *qui non potest dare, non potest confiteri* Nel secondo caso, la ricognizione fa fede, quantunque il creditore non abbia alcun titolo. Non si presume che alcuno si dichiori debitore, quando non lo è. Ed anche quando nel testamento non fosse espressa lo causa del debito, gli eredi sono obbligati o pagare, fuorchè quando possono provare, che il testatore nulla doveva, come, p. e, se avessero ricuperata una quietanza Toullier, t. 5, n. 636.

979. Il legatario a titolo particolare non è tenuto a'debiti della eredità; salva la riduzione del legato, siccome è stato sopra disposto, e salva l'azione ipotecaria de'creditori (1).

V. gli art. 792, 794, 843, 935, 974, 2060.

II. L'art. in esame non prevede il casa del legato fatto dal creditore al sno debitore; ma è evidente ebc con una disposizione di simil natura non viene legata la cosa dovuta, ma è piuttosto il debitore liberato dall'obbligo di pagare. Da eiò nasce ehe questa legato ai chiama legata di *liberazione*, e nel dritta romano abbiama il titola *de liberatione legata*. Venenda il debitore, ignaro del legato, a pagare all'erede il debita di eui cra stato liberato, può ripetero la samma *condietione indebiti*, l. 26, § 7, ff. *de condict. indebit.*; arg. l. 24, ff. *de liberatione legata*. Voet, *ad pandectas*, lib. 34, tit. 3, n. 6.

L'effatto del legata di liberazione fatta al debitore dal testatare a dell'erede, è quella di sciogliare dall'obbligazione anche i fideiossori; e per lo cantrarie il legato di liberazione fatto al fideiossore nau libera il debitor principale; l. 2, l. 5, pr. e § 1, ff. *de liberatione legata*; art. 1241.

Ma essendovi in nn debito più obbligati solidali, il legato di liberazione fatto ad un solo de'debitori à aneba l'effatto di liberare l'altro correo della sua porzione del debito? L'antico dritta distingueva: se i debitori solidali eran soei, ed apparissa che il testatore avesse valuta annullara il debita in favore della società, allara il legato sarebbe comune ad entrambi; ma se nan evvi società, il legata à l'effatto riguarda al liberata, discaricandolo della soa porzione, ed il correo sarà tenuta della sua porzione; l. 3, § 3 e 4, ff. *de liberatione legata*; Voet, *ad pandectas* su d.° tit. n. 3; Damat p. 2, lib. 4, tit. 2, sez. 3, n. 14; arg. dell'art. 1239; Delvincourt, t. 3, tit. 4, nota 295.

(1) Abbiamo di già sviluppato nel t. 1, nota 3, alla p. 337 e seg., nella nota all'art. 974, di non essere per regala generale tenuto il legataria particalare al pagamento dei debiti ereditari. Qui dabbiama per compiere questa materia esaminare, in quali casi il legatario particolare è tenuto al pagamento de'dabiti e pesi:

1.° Il testatore non può fare de' legati in pregiudizio de'ereditori dell'eredità, e bene spesso avviena eha i legatari sono tenuti a soffrire la riduzione secando l'art. 843, mancanda i beni occorrenti alla soddisfazione de'legati. Ed è perciò ehe l'art. 979 dice che il legataria nan è tenuto al pagamanta de'debiti, *salva la riduzione*.

2.° Evvi una specie di legati che, quantunque dall'art. 964 classificati nella categaria de'legati particalari, partecipano nulladimeno, sotto certi rapporti, da'legati universali pel pagamento da'debiti. Questi legati sono quelli ehe ànno per oggetto ciò che si appella, in dritto, un *nomen iuris*, cioè a diro una universalità camposta di attivo a di passivo. Legati di questa natura, quantunque sieno a titalo particolare (v. la nata 1, p. 102 a 103) producono l'effatto che il legataria deve soppertarne il passiva. Le leggi romane ei offrona, nel peculio di una schiava, l'esempia di una universalità composta di attivo e di passivo, e ehe potava essere l'oggetta di un legato a titolo particolare, esempia che serve d'intelligenza nella materia che ci occopa. Or, allorchè il peculia era stato legata dal padrone dello schiavo, l'erede non era abbligata a fare il rilascio del legato, ehe quauda il legataria forniva una canzione sufficiente, per assicorarsi eha avrebbe questi pagati i debiti inerenti al peculio; *sed nan alias haeres peculium praestare debet, nisi ei caveatur defensum iri adversus creditores peculiarios*, l. 18, ff. *de peculio legato*.

3.° Il lagata che da una de'soci può esser fatta de'suai interessi in una società, è altresì un legato di nn *nomen iuris* composto di attiva e di passivo, paichè la perdita ed il guadagno sono essenzialmente correlativi in una società, l. 30, ff. *pro socio*, e che i debiti sociali pesano egualmenta nella massa ehe forma l'attivo, l. 27 *ead.*

4.° Abbiamo datto nella nata 1, p. 102 o 103, che il legata di una successione devoluta al testatore prima della sua marte, è un legato a titolo particolare; questo legato è indubitatamente di una universalità composta di attivo e di passiva; *hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est*, l. 119, ff. *de V. S.* Or i pesi di quasta successiana legata a titala particolare sono a carico del legataria, coma sona a suo vantaggio le azioni, l. 76, § 1, 88, § 2.° ff. *de legatis* 2.°

5.° Il testatore può gravare il legataria di un peso, e vedremo nella nota all'art. 995 qual è la pena della mancanza di sommissione del legatario all'obbligo imposto al suo legato. Qui dabbiamo fermare soltanto un principio cansaerato da più leggi, che un legatario non può esser gravata al di là del suo emolumento: *non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est*, l. 114, § 3, ff. *de legatis* 1.°; e decide il § 2 della l. 70 ff. *de legatis* 2.°, eha intendesi per *emolumento* non sola il corpo della cosa legata, ma eziandio i frutti che il legatario ne à percepiti, o dovute percepire dalla morte del testatore sina al giarno in cui dee soddisfare il carico. Consegue da questo principio, che se pasterior-

SEZIONE X.

Degli esecutori testamentarj (1).

980. Il testatore può nominare uno o più esecutori testamentarj (2).

V. gli art. 645, 930, 932.

981. Può loro accordare il possesso di tutti o di parte soltanto de'suoi mobili: ma un tal possesso non può durare più di un anno ed un giorno, da computarsi dal dì della sua morte.

---

mento all'accettazione del legotario, sopraggienga una diminuzione impreveduta alla cosa legata, non si dee costringerlo ad odempiere l'intora obbligazione; in tal caso, nan è tenuto che fino alla concorrenza del suo emolumento; e se l'obbligazione è indivisibile, dove esser ammesso ad abbandonare il soo legato; l. 24, § 16, ff. *de fideicom. heredit.*—Rilevasi do ciò che, l'accettaziono dol legatorio sebbene irrevocobile quanto quella dell'eredo, non lo liga però con lo stesso rigore che quest'ultimo, poichè per l'ort. 700 noe è l'erede ammessibile a farsi restiteire in iotero contro l'accettazione per non aver trovato nell'eredità boei sufficionti a soddisfaro i pesi.

(1) Chiamasi esecutore testamontario colui ch'è stato nominato per eseguire lo disposizioni di un testatore. Nol dritto romano non trovasi alcuna regola che abbio stabilito in genorole l'uso degli esecutori testamentari incarioati dell' intera esecusiono de'testamenti, e non vi si veggono che pochi esempi di casi in eui il testatoro commette ad altre persone e non oll'erede l'esecuzione delle suo disposizioni. Così si rileva dolla logge 28, C. *de episcopis et clericis*, dallo l. 3, § 1, C. *communia de legatis*, o dall'autentica *hoc amplius* codice *dei fideicommessis*, cho l'autorità de'giudici, ed onche de'vescovi poteva intervenire, offine di ostringere gli eredi all'adempimento de' legati. Nol eostro regeo non erano ignoti gli esecutori testamentari, lo cui funzioni eran diretto alla esecuzione de'legati; de Franchis, dec. 204—Il dritto consuetudinario dolla Francia conteneva regole sulla nomina degli esecutori testamontari, ed è di là che gli autori del codico àneo attiuto lo regole in questo sezione consacrata. Pothier, *testam.* p. 276 e seg.; Domat, p. 2, lib. 3, tit. 1, sez. 9; Grenier, e. 326.

(2) Apparlieno al testatore il nominare gli esecutori testamentari, e non potrebbe il giudico di officio supplire alla manconza dolla nomina di uno o più esecutori testamenteri. Nol silenzio del testatoro si presume, ch'egli à avuto bastante fiducia ne' suoi eredi per la esecusione de'legati di qualunque natura.

Due principi fondamentoli sono notevoli in quanto agli esecutori testamentari: 1.° che la osecuziono testamentaria partecipa dolla naturo del mandato, ed à di particolare, che meotre per regola generale il mandato spira con la morte del moedante, il mandato doll'esecusione testamentaria comincia ell'epoca della morto del maedante: 2.° Che la esecuziono testamentaria non è una funsione di dritto pubblico, ma peramente di dritto privato, così cho un individuo incapaco di funzioni pubbliche può esercitare l'officio di esecutore testamentario. Le regole coetoeute ne' seguenti art. souo conseguenza di questi principi; Grenior, n. 272; Toullier, t. 5, n. 577; Delvincourt. lib. 3, tit. 4, nota 314.

Per essere lo esecuziono testomentaria un mandato, consegue cho niuno può essero obbligato ad accettorla. Vi sono però duo casi in cui l'esecutore testamentario non può ricusare di adempiere la commissione affidatagli: 1.° Quaedo obbia acoettato lo fanzioei, non può ricusare, perciocchè *voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consumare*, l. 17, § 3, ff. *comodati*; art. 1879 —2.° La secoeda eccozione è quando l'esecutore à accettato il legato fattogli colla condiziono di odempiere la dotta funzione: il legato è fatto sotto il peso dell'accettazione dell'esecuzione testamentaria, e non si può eccettare il legato non adempiendo alla condizione, ert. 995. Per altro, se il legato è fatto ad un minore che per l'art. 983 non può essere esecutore testamentaria, lo condizione in parola sarebbe nulla, art. 816.—Ma se il legato è puro e semplice, ossia quando risulta dal testamento che non è stato fatto in considerazione delle cure della esecuzione, si può accettare il legato, ricusando l'esecuzione? Per dritto romono il legatario sarebbe stato privato del legoto, per la mossima: *omnibus qui contra voluntatem defunti faciunt, ut indignis anferatur hereditas*; P. ulu *sententiae*, lib. 8, tit. 3. Lo stesso dovrebbe oggi decidersi, perciocchè l' accettazione della esecuzione è a considerarsi come coedizione tacita del legato; salvo sempre il valutaro da'termini del testamento e dalle circostanze la volontà del testatore. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 314; Duranton, t. 9, n. 291.

Quando non l'abbia loro accordato, non lo potranno pretendere (1).

982. L'erede potrà far cessare il detto possesso, offrendosi a consegnare agli esecutori testamentarj una quantità di danaro bastante a pagare i legati de' mobili, o giustificando di averli soddisfatti (2).

983. Colui che non può obbligarsi, non può essere esecutore testamentario (3).

V. l'art. 1079.

---

(1) L'adempimento della volontà del testatore, e soprattutto il pagamento de'legati mobili, sono le funzioni dell'esecutore testamentario, secondo l'art. 986. Per conseguire tale scopo, l'art. 981 permette al testatore di accordare all'esecutore testamentario il possesso di tutto o parte de'mobili, e si vede bene che questo possesso è piuttosto un sequestro, poichè non pregiudica al possesso legale degli eredi della riserva o de' legatari universali, e non dispensa i legatari a titolo particolare di domandare il rilascio nel modo prescritto dagli art. 965 e 968. Toullier, t.5, n.582; Grenier, n.338; Duranton, t.9, n.396; vedi la nota 106 in prine.

Non essendo adunque altro lo scopo per cui la legge permette al testatore di poter ordinare che l'esecutore testamentario sia immesso nel possesso de' mobili, consegue che gli eredi possono far cessare questo possesso, offrendosi a consegnare agli esecutori testamentari una quantità di danaro bastante a pagare i legati de'mobili, o giustificando di averli soddisfatti, dice l'art. 982. Ed è notevole che il possesso non può cadere che su' *mobili*, dice l'art. 981, perchè le funzioni dell'esecutore testamentario sono limitate all'adempimento de'legati *de'mobili* soltanto, art. 982, e la stessa conseguenza si deduce dal 3.° comma dell' art. 986.

Durata del possesso.—L'art. 981 prescrive che il possesso non può durare più di un anno ed un giorno dal dì della morte del testatore. Non si è voluto, che con un lungo possesso venissero pregiudicati gl' interessi degli eredi; in guisa che, anche quando in questo intervallo le funzioni dell' esecutore testamentario non fossero terminate, l'erede avrebbe sempre il dritto di domandare la restituzione degli oggetti compresi nel possesso, salvo all'esecutore di continuare ad invigilare per l'esecuzione del testamento. Ma se il testamento venisse a scoprirsi dopo la morte del testatore, o insorgessero dubbi sulla validità del testamento o su quella della nomina dell'esecutore, è ragionevole il pensare, malgrado la lettera dell'art. 981, che il termine del possesso comincia dal dì in cui l'esecutore à potuto entrare in possesso; Grenier, n. 330; Toullier, t. 5, n. 594; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 316; Duranton, t. 9, n. 399. Arresto della corte suprema di Napoli del dì 13 marzo 1841.

Potrebbe il testatore prolungare il termine del possesso stabilito nell' art. 981? Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 316 non incontra difficoltà a sostenere l'affermativa, massimo quando non vi sono eredi della riserva. L'art. 981 dispone nel caso in cui il testatore à accordato il possesso, senza stabilire la durata, ma quando il testatore prevedendo la difficoltà dell'esecuzione à prolungato il termine, dove la sua volontà rispettarsi. Egli poteva privare l'erede della successione, ed a più forte ragione del possesso temporaneo de' mobili. *Non debet cui plus licet, quod minus est non licere.* E' quest'altresì l'opinione di Duranton, t. 9, n. 400.

Il possesso produce l' effetto, che l' esecutore esige le rendite dell' eredità, ed anche le rendite fondiarie dichiarate mobili dall' art. 453; riscuote gli stessi capitali esigibili. Toullier, t. 5 n. 586 e 588; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 316, Duranton, t. 9, n. 412.

(2) V. la nota precedente.

(3) La ragione di questo art. si è, che il carico di esecutore testamentario produce obblighi. Per potere quindi uno esser nominato esecutore testamentario, bisogna che abbia tutta la capacità a poter rispondere della sua amministrazione, e perciò questo incarico non può esser accettato dagli interdetti, da' minori, da' prodighi, da' condannati a pene che interdicono dalla privazione de' dritti civili, dalle donne maritate senz' essere autorizzate, art. 432, 436, 983, 984 ll. cc. 27 *leg. pen.* Tranne le persone incapaci, chiunque può esercitare l' incarico di esecutore testamentario, nè potrebbero gli eredi opporre che lo stato di fortuna del nominato esecutore testamentario non offra sufficienti garantie. E' questo un incarico tutto di fiducia del testatore, e conviene rispettare la costui volontà. Pothier, *testam.*, c. 5, sez. 1, art. 1; Grenier, n. 333. V. la nota all'art. 986 in fine.

Si è dubitato, se l'esecutore testamentario possa scegliersi fra le persone incapaci a ricevere un legato. Grenier, n. 335, Toullier, t. 5, n. 580 e Favard, v. *esecut. testam.* sono per l' affermativa, perciocchè la legge pronunziando l' incapacità a ricevere un legato, non si può estendere questa incapacità a quella di essere esecutore testamentario. Ma è pur vero, che se il testatore avesse dato l'incarico all'esecutore di distribuire delle somme di danaro, o di ritenersela in premio delle cure, simile disposizione non sarebbe

Eccez. all' art. 1862.

984. La donna maritata non può accettare il carico di esecutrice testamentaria, senza il consenso del marito.

V. gli art. 1407, 1408 e 1409.

Se ella è separata di beni o in forza del contratto di matrimonio, o per sentenza del magistrato, potrà assumerne il carico col consenso del marito, o, in caso di rifiuto, coll'autorità del giudice, in conformità di quanto è stato prescritto negli articoli 206 e 208 nel titolo *del matrimonio*.

V. gli art. 311, 373, 405, 1079.

985. Il minore non può essere esecutore testamentario, nè pure coll'autorità del suo tutore o curatore (1).

V. gli art. 374, 738, 989. ll. cc., e 986 p. c.

986. Gli esecutori testamentarj faranno apporre i sigilli, quando vi sieno eredi minori, interdetti, o assenti.

V. gli art. 1007, 1017, 1018, 1068, p. c.

Faranno stendere l'inventario de' beni della eredità in presenza dell'erede presuntivo, o dopo averlo formalmente citato.

V. gli art. 1081 e seg. p. c.

Non essendovi danaro bastante per soddisfare i legati, faranno istanza per la vendita de' mobili (2).

---

valida, perchè sarebbe questo un mezzo di cludere la legge. Pothier e Toullier per altro inclinano a credere che il testatore può fare all' esecutore testamentario incapace a ricevere, un legato modico in premio delle sue cure; ma Grenier incontra difficoltà ad adottare questa opinione. Secondo lui, il divieto è assoluto, ed il determinare quel che sia modico diventerebbe troppo arbitrario.

(1) Nell'antica giurisprudenza francese dubitavasi, se i minori emancipati potessere esser nominati esecutori testamentari. Per allontanare siffatta controversia, il codice à colpito d'incapacità anche i minori emancipati, poichè nell'art. in disamina si parla di minori provveduti di curatore, cioè emancipati, art. 403. Pothier, cap. 5, sez. 1, art. 1; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 327; Grenier, n. 372.

(2) Questo art. determina quali sieno le funzioni dell'esecutore testamentario.

Primo—Apposizione di sigilli—Se tutti gli eredi sono maggiori non è necessaria l'apposizione de'sigilli, ma se vi sono assenti, minori, interdetti, è obbligo degli esecutori far procedere all'apposizione de' sigilli per assicurare tutti gli effetti del defunto.

Secondo—Inventario dell'eredità—Gli esecutori testamentari sono obbligati di far eseguire l'inventario il più presto che possono, in contraddittorio dell' erede. Sembrerebbe risultare dalle parole del 2.° comma dell' art. 986, *faranno stendere*, che i soli esecutori testamentari ànno il dritto di richiedere l'inventario. Ma è chiaro che gli eredi ànno lo stesso dritto, come risulta dal ravvicinamento dell'art. in esame cogli art. 986, 1007 e 1017 proc. civ.; così che nella concorrenza degli eredi coll' esecutore testamentario, il dritto di far l'inventario è degli eredi che sono i principali interessati: Grenier, n. 330—Ma nel caso di contestazione, a chi apparterrà il dritto di nominare gli uffiziali ministeriali che debbono fare l'inventario, la stima e la vendita de' mobili? Toullier, t. 5, n. 184, Maleville sull'art. 1031 (986) e Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 328 opinano, seguendo le massime dell'antica giurisprudenza francese, che il dritto di nominare gli uffiziali ministeriali appartenga all' esecutore testamentario, e gli eredi possono nominare un secondo notaro, un secondo estimatore, per procedere unitamente con que' nominati dall' esecutore testamentario. Duranton, t. 9, n. 405 è di avviso, che quando vi sono eredi della riserva, la scelta degli uffiziali ministeriali appartenga interamente ad essi.

Si è controvertito, se il testatore possa dispensare l'esecutore testamentario dall'obbligo di fare l'inventario. Grenier, n. 337, e Favard. v. *execut. testam.* seguendo l'opinione di Pothier, ànno sostenuto la negativa. La contraria opinione professata da Ricard è stata abbracciata da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 322, luminosamente dimostrata da Toullier, t. 5. n. 604, e seguito da Duranton, t. 9, n. 406. Questi giureconsulti ànno messo in veduta con solidi ragionamenti, che il testatore può liberare gli esecutori dall' obbligo di fare l'inventario, purchè sieno al numero di quelli a'quali può legare, e che non vi sieno eredi della riserva, perciocchè se fossero nel numero di quelli a'quali il testatore non può legare, siffatta liberazione potrebbe passare per un avvantaggio indiretto; e se vi sono eredi della riserva, costoro ànno interesse che si faccia l' inventario, per conoscere se vi sia eccesso nelle disposizioni del testatore, e per l'oggetto di cui è parola nell'art. 782.

Terzo.—Vendita de' mobili.— L' incarico degli esecutori testamentari è il pagamento de'legati mobili, e quindi non essendovi danaro bastante, *faranno istanza* per la vendita de' mobili fino alla somma necessaria pel pagamento de' detti legati. S' intende già che questo dritto compete gli esecutori testamentari, quando ànno ottenuto dal testatore il pos-

Invigileranno perchè il testamento venga eseguito; ed in caso di controversia potranno intervenire in giudizio per sostenerne la validità.

Spirato l'anno dalla morte del testatore, dovranno render conto della loro amministrazione.

987. Le facoltà dell'esecutore testamentario non passano a'di lui eredi.

988. Se vi sono più esecutori testamentarj che abbiano accettato, un solo potrà agire in mancanza degli altri; ma saranno tenuti in solido a render conto de'mobili loro affidati, purchè il testatore non abbia diviso le loro funzioni, e ciascún di essi non siasi ristretto a quella che gli fu attribuita.

V. gli art. 423 a seg. p. c.

V. gli art. 612 e seg. p. c.

V. gli art. 1873 a 1880.

V. gli art. 1865, e 1868.

---

sesso de' mobili, altrimenti non ànno che il dritto di costringere gli eredi, onde venga il testamento eseguito: Pothier, *testam.*, c. 5, sez. 1, art. 2.—Se con la vendita de'mobili non si giunga a pagare i legati, Maleville sull'art. 1031 (986) a Toullier, t. 5, n. 593 insegnano che gli esecutori testamentari possono fare instanza per la vendita degli stabili; ma Pothier, c. 5, sez. 1, art. 2, § 4, seguito da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 324, insegnano che l'esecutore non può far condannare l'erede ad eseguire la vendita degli stabili, i quali non possono essere venduti, se non per via di espropriazione forzata a richiesta del legatario. Il mandato dell'esecutore è limitato dalla legge alla vendita de' mobili, nè può sorpassare i limiti, soprattutto quando il testatore potendo prevedere che con la vendita de'mobili non si giungeva a soddisfare i legati, non à accordato all'esecutore il dritto di far istanza per la vendita degli stabili.

Quarto—Pagamento de'legati.—Gli art. 984 e 986 limitano l'impiego delle somme in contante e del prezzo della vendita de'mobili al sole pagamento de'legati mobili. Non potrebbe dunque l'esecutore pagare i debiti. Nello stesso pagamento de'legati l'esecutore deve sentire l'erede o il curatore all'eredità giacente, che è il vero interessato ad esaminare l'efficacia del legato, e se sia o pur no capace il legatario: ciò non facendo, può rispondere delle conseguenze di un pagamento invalido, quante volte il legato venisse ridotto o annullato. Toullier, t. 5, n. 589, 590 e 591; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 315; Grenier, n. 331; Duranton, t. 9, n. 413.

Quinto.—Conto dell'esecutore testamentario.—Come ogni altro amministratore, l'esecutore è obbligato a render conto dell'amministrazione da lui tenuta de' mobili ereditari, finito l'anno del possesso. Se il testatore possa dispensare l'erede dal rendere il conto, sono applicabili le stesse ragioni esposte nella p. prec., in quanto alla dispensa dell'inventario.

Il conto si divide in introito ed in esito. Deve l'esecutore porre in introito tutto ciò che à trovato nel tempo dell'inventario, tutte le somme che à ricevuto durante la su' amministrazione, il prezzo de'mobili, il rimborso de'crediti. Formano oggetto dell'esito, le spese di cui è parola nell'art. 989; i legati regolarmente pagati, le spese delle liti sostenute, tranne quelle per le quali è stato a'termini dell'art. 223 p. c. condannato nel proprio nome. Non può mettere cosa alcuna nell'esito per suoi onorari, poichè l'esecuzione è un mandato gratuito, § 13 Inst. *de Mandato*, art. 1858 ll. cc. Se poi il testatore gli à fissato un onorario, forma parte dell'esito.—Il conto sarà renduto a'legittimi contraddittori, agli eredi cioè ed a'legatari universali; essendo l'eredità giacente, farà l'esecutore destinare un curato, art. 730.

Se il testatore à destinato una somma per l'esecuzione di una sua disposizione, e l'esecutore à speso di meno, l'avanzo va a beneficio dell'erede, in conseguenza del principio che il mandato dell'esecutore è gratuito. Un testatore, dice la l. 88, § 1, ff. *de legatis* 2.° avea confidato ad una certa persona la cura d'imbalsamare il suo corpo dopo la di lui morte, e d'impiegare perciò una somma che le avea indicata; questa somma si trovò più che sufficiente: quistione di sapere se il dippiù doveva rimanere, per salario, a colui che venne incaricato della commissione. La legge risponde di no, e vuole che si restituisca agli eredi, *heredum commodo proficere*.

Quando il conto non è renduto all'amichevole, Toullier crede che dev'essere portato l'affare innanzi al tribunale del luogo in cui si è aperta la successione, invocando l'art. 151 p. c., che dichiara questo tribunale competente per le domande concernenti l'esecuzione delle disposizioni a causa di morte. Merlin, rep., v. *execut. testam.*, n. 9, seguito da Duranton, 9, n. 422 stimano che dee nella specie applicarsi l'art. 610 p. c., che attribuisce al giudice del domicilio del reo la competenza delle cause contro *tutti gli amministratori*. Sembra più ragionevole la dottrina del Toullier, perciocchè il tribunale del luogo dell'apertura della successione può essere più alla portata di esaminare tutte le difficoltà che possono insorgere tra gli eredi e l'esecutore in materia di esecuzione di una disposizione testamentaria. Così pensa pure Delvincourt, l. 3, tit. 4, nota 325.

V. gli art. 719, 738 II. cc., e 986 p. c.

989. Le spese fatte dell'esecutore testamentario per l'apposizione de'sigilli, per l'inventario, pel rendimento de'conti, e tutte le altre relative alle sue funzioni, saranno a carico della eredità.

SEZIONE XI.

Della rivocazione de' testamenti, e della loro caducità.

V. gli art. 892 e 894.

990. I testamenti non possono rivocarsi nè in tutto nè in parte, se non con un testamento posteriore o con atto innanzi a notajo, nel quale sia dichiarata la mutazione della volontà (1).

---

(1) È regola inconcussa di dritto, che la successione testamentaria si apre alla morte del testatore, non conferendo il testamento, prima di quest'epoca, alcun dritto a'legatari, l. 4, ff. de *adim. legat.* Il testatore non può togliere a sè medesimo la facoltà di rivocare il suo testamento con una disposizione posteriore, poichè è dell'essenza di un testamento di essere rivocabile: *nemo eam sibi potest dicere legem, ut a priori ei recedere non liceat*, l. 22 *de legatis* 3.° Questo principio soffre eccezione nel caso della istituzione per contratto, di cui parlano gli art. 1038 e seg.

La rivocazione può essere fatta dal testatore espressamente o tacitamente. Questo art. stabilisce il modo della rivocazione espressa, e per ben comprenderne lo spirito, è forza premettere ciò che in siffatta materia disponeva il dritto antico.

I. Il dritto romano, sulla rivocazione espressa de'testamenti, faceva distinzione tra i testamenti ed i legati. In quanto a'testamenti, non bastava che il testatore avesse dimostrato un cangiamento di volontà in un atto qualunque; ma bisognava che il cangiamento di volontà si contenesse in un secondo testamento valido e perfetto, come risulta dalla l. 2, ff. *de injusto rupto*; § 7, Inst. *quibus modis testament. infirmantur;* l. 18, ff. *de legatis* 3.°; l. 3 § ult. ff. *de adimendis legatis;* l. 36, § 3, ff. *de testamento militari.*—Nondimeno la l. 2, ff. *de injusto rupto*, e la l. 21 C. *de testamentis* contengono due eccezioni a questo principio, e dichiarano efficace la rivocazione in un testamento imperfetto in due casi: il primo è quando il secondo testamento è fatto in forma militare: il secondo, quando cotesto testamento sia in favore degli eredi *ab intestato*—In quanto a'legati, potendo essi esser contenuti in un codicillo, e secondo la l. 22, C. *de fideicomm.* anche *in epistola*, *vel libello, imo etiam nutu*, bastava per la loro rivocazione un semplice cangiamento di volontà manifestata sia in iscritto, sia in parole; la pruova testimoniale si ammetteva per provare la rivocazione del legato: Brunnemanno, sulla l. 27, C. *de fideicomm.*; Einneccio, *recitationes*, § 643.—La ragione per cui un testamento, per dritto romano, non si poteva rivocare che con un altro testamento solenne, risulta dal perchè i testamenti erano considerati come leggi particolari che regolavano le successioni di coloro che li facevano, e co'quali essi derogavano alla legge comune che disponeva delle successioni *ab intestato;* di tal che il testatore avendo una volta abolito la legge pubblica pel suo riguardo, con un'altra che, si aveva fatta, conveniva, s'egli aveva disegno di cangiare la sua volontà, che ciò fosse con un'altra legge solenne. I codicilli poi non distruggendo la legge delle successioni *ab intestato*, perchè essi non contenevano istituzione di erede, potevano perciò rivocarsi con qualunque atto, in conseguenza della regola, *nihil tam naturale est, quam unumquodque eodem genere dissolvi, quo colligatum est;* l. 35 ff. *de Reg. jur.*

II. Secondo i principi della nuova legislazione, la ragione per cui il dritto romano voleva un atto solenne per la rivocazione di un testamento non milita più, perchè non si distinguono oggi i testamenti da'legati. È bisognato quindi ammettere per la rivocazione di un testamento ogni specie di atti tra vivi o testamentari, purchè sieno capaci di far fede della volontà del testatore. Se la legge desidera solennità particolari a'testamenti, ciò non è che in quanto essi si allontanano dalla previdenza della legge, e per fare che i testatori non si lascino trasportare sì facilmente a privare de'loro beni coloro i quali vi sono chiamati per via legittima e per ordine di sangue. Di maniera che, quando i particolari vogliono al contrario ridurre le loro successioni a'termini della legge, il cammino loro ne dev'essere libero, e non ne debbono essere ritardati da alcun impedimento e da formalità singolari. Da ciò nasce, che mentre gli autori del progetto del codice avevano proposto un articolo così concepito: « i testamenti non potranno essere rivocati, in tutto o in parte, se non » con una dichiarazione di cangiamento di volontà *in una delle forme richieste pe' testa-* » *menti* »; sulla osservazione del sig. Tronchet « che doveva bastare una dichiarazione innanzi notaio », l'art. in esame venne formato tal quale oggi noi lo leggiamo. Locré t. 5, p. 472, n. 14.

991. I testamenti posteriori che non rivocheranno espressamente i prece-

---

(1) Ma è una grave controversia, se un secondo testamento il quale contenga una clausola di rivocazione del primo, essendo nullo nella forma come testamento, abbia la forza di rivocare il primo testamento. Siffatta quistione venne preveduta nella discussione del codice, ed ecco ciò che riferisce il processo verbolo del consiglio di Stato di Francia. « Il sig. Berlier osservò che, nella sezione di cui gli articoli sono stati sottomessi alla discussione, » non si rinviene disposizione sopra un caso il quale sembra intanto dover essere preveduto. Se un primo testamento viene rivocato da un atto posteriore, ma che questo atto » sia nullo, che diverrà mai il primo testamento? Siffatta quistione era molto controversa » nell'antico dritto. Gli uni sostenevano che, quantunque il secondo testamento o l'atto rivocatorio fosse nullo, esso indicava un cambiamento di volontà, e che quindi faceva di » mestieri risguardare la successione come aperta *ab intestato*. Gli altri fondandosi sulla » massima *che ciò che è nullo non produce verun effetto*, sostenevano che il primo testamento sussisteva in tutta la sua forza. L'opinante divide il primo avviso. Per altro, qualunque sia l'avviso del consiglio, interessa di non lasciare codesta quistione indecisa ». « Il sig. Tronchet dice che il secondo atto, quantunque nullo, annunzia non per tanto, da » parte del testatore, un cambiamento di volontà il cui effetto è di annientare il testamento ». — Il consiglio adotta l'osservazione del sig. Tronchet, e decide che sarà convertita » in disposizione ». Locrè, t. 5, p. 272, n. 21.

La decisione del consiglio però rimase senza effetto, e l'articolo che doveva comprendere la disposizione approvata sulla proposizione del sig. Berlier, non venne disteso. Da ciò si è elevata tra gli scrittori la quistione che il sig. Berlier voleva ragionevolmente decisa. Maleville che fu uno degli autori del progetto e prese altresì parte nel consiglio, nella *sua analisi ragionata*, osservazioni all'art. 1035 (990) dice, che l'art. proposto dal sig. Berlier, ed omesso nella compilazione del codice viene supplito dall'art. 1035 (990); perciocchè se è sufficiente un atto avanti due notai, o un notaio e due testimoni, per rivocare un testamento, sarebbe ben straordinario che il secondo testamento, quantunque imperfetto, non adempisse almeno questa formalità. L'opinione contraria manifestò nel rapporto fatto al Tribunato il sig. Jaubert, quando disse: « la rivocazione può aver luogo per mezzo di un testamento posteriore, *purchè sia rivestito di tutte le formalità prescritte* e, considerato in se stesso, possa ricevere la sua esecuzione »: Locré t. 5, p. 358, n. 66 — La discordanza di due scrittori che presero parte alla compilazione dell'art. in esame à renduto più grave la quistione, e fluttuante la giurisprudenza. Merlin nell'aringa profferita nel dì 4 novembre 1811 innanzi alla Corte di cassazione di Parigi (*repert. v. testament*, sez. 2, § 3, art. 2, n. 6 bis) sostenne che un testamento non può essere rivocato da un testamento posteriore nullo nella forma, quantunque rivestito della forma degli atti notariali. La stessa dottrina è sostenuta da Grenier, n. 342, della 2.ª edizione, ritrattandosi di quanto avea nella prima edizione del trattato *delle donazioni* insegnato; e da Favard, v. *testament*, sez. 3, § 1, n. 3. — La dottrina contraria è professata vigorosamente da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 332, da Toullier, t. 5, n. 620 a 628, e da Duranton, t. 9, n. 429 a 438. La giurisprudenza presenta arresti *pro e contra*, e le ultime decisioni sono uniformemente alla dottrina di Merlin, come può vedersi in Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.*, cap. 9, sez. 1, § 1; e nel *Journal du Palais* — La Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresti dei 18 gennajo 1823 (causa *Squillacciotti*) decise che il testamento nullo per mancanza di forme non rivoca il precedente, quantunque contenghi la clausola derogatoria. E con arresto del 26 agosto 1828 (causa *Mauro* e *Parisio*) decise, che un testamento nullo colla clausola derogatoria, non annulla l'olografo, meno se contenga la spiega *che non valendo come testamento volga come atto rivocatorio del primo testamento*.

In questa discordanza di decisioni e di opinioni, a noi pare che Toullier à trattato meglio di ogni altro la quistione, e con rara potenza di dialettica à confutato tutti gli argomenti contrari presentati da Merlin e Grenier. I principali degli argomenti esposti da Merlin in sostegno del suo assunto, sono: 1.° che colui che rivoca il suo testamento con un secondo testamento, intende subordinare questa rivocazione alla validità dell'atto in cui è contenuta, nello stesso modo come presso i Romani, i legati contenuti in un testamento potevano essere rivocati da una dichiarazione qualunque del testatore, senz'alcuna specie di solennità; ed impertanto se, per rivocarli, il testatore aveva impiegato la forma di un testamento, la nullità del testamento produceva sempre la nullità della rivocazione; e cita la l. 18, ff. *de legatis* 3.°, l'autorità di Bartolo su questa legge, e quella di Furgole, *testam*, cap. 2, n. 40. — 2.° L'art. 992 dichiarando qual è l'effetto della rivocazione contenuta in un testamento, quando questo non riceve la sua esecuzione, non aggiunge, che ne sarà lo stesso, se il testamento contenendo la clausola rivocatoria, sia nullo nella forma, e da questo silenzio si ravvisa che è nella volontà dell'art. 990 di non dare alcun effetto alla clausola ri-

denti, annulleranno soltanto quelle disposizioni ivi contenute che si trovas-

---

vocatoria contenuta in un testamento nullo come tale, se pur fosse d'altronde rivestito delle forme prescritte per gli atti ordinari. — 3.° L'atto (questa obiezione è di Grenier) contenente la rivocazione è indivisibile; se esso è nullo come testamento, è nullo interamente.

A queste obiezioni si è risposto: 1.° Che il caso preveduto nella l. 18, ff. *de legatis* 3.° non risguarda che una rivocazione tacita, e questa è la dottrina di Bartolo, malamente interpetrato da Furgole; e come Bartolo pensano altri dotti interpetri. Che nel caso di rivocazione espressa, i legati rimanevano rivocati con un secondo testamento imperfetto, quantunque contenuti in un primo testamento valido; l. 36, § 3 ff. *de testamento militis*; l. 24, § 1, ff. *de adimendis legatis*. — 2.° Che l'obiezione che si ricava dall'art. 992 non fa molto peso, se si osserva che il legislatore non era obbligato a ripetere ciò che trovavasi di avere di già stabilito nell'art. 990. — 3.° La massima che la forma degli atti non soffre alcuna divisione è vera, nel solo caso che l'atto abbia una sola forma, laquale non può allora ommettere separazione, *quae separationem non admittunt, in totum vitiantur*. Ma quando esistono nell'atto due forme distinte che posson star separate, in questo caso à luogo la regola *utile per inutile non vitiatur*; e dicevo Domat, p. II, lib. 3, tit. 1, sez. 5, note al n. 19, quando si tratta della validità di un atto in cui sono comprese due cose che ànno tra loro qualche legame, se una di esse non può sussistere, l'atto non lascia di valere per quella che può sussistere senza l'altra. Da ciò deriva, che un atto nullo come atto notoriale vale come scrittura privata, quando è sottoscritto dalle parti, art. 29 della *legge sul notariato*. Un testamento quindi nullo per incapacità di uno de' quattro testimoni non perde le forme di un atto notariale che richiede due testimoni, e questo atto basta, secondo l'art. 990, per un atto di rivocazione.

IV. Dobbiam'ora esaminare l'altra quistione, se cioè il secondo testamento nullo rivochi il precedente, quando la rivocazione non sia espressa, ma risulti da' fatti, per esempio dalla incompatibilità delle nuove disposizioni colle antiche. È fuori controversia, che coloro che sostengono essere improduttiva di effetto la rivocazione espressa contenuta in un testamento nullo, a più forte ragione sono della stessa opinione nel caso della rivocazione tacita. La quistione adunque s'impegna tra i giureconsulti che ànno sostenuto la validità della rivocazione espressa contenuta in un testamento nullo, e Toullier, t. 5, n. 629 sostiene che la rivocazione tacita contenuta in un secondo testamento imperfetto deve effettuare la rivocazione del precedente, poichè la rivocazione tacita che si trova provata con atto notariale non deve aver minor forza della rivocazione verbale. La contraria opinione abbracciata da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 332, e da Duranton, t. 9, n. 436 sembra più esatta; perciocchè la rivocazione, supposto valido l'atto, non sarebbe stata che il risultamento dell'incompatibilità delle due disposizioni, incompatibilità che non esiste, subito che l'atto è nullo.

V. La terza quistione cui à dato luogo la compilazione dell'art. in esame, è, se un atto scritto, datato e sottoscritto dal testatore, il quale non contenesse disposizione alcuna, ma soltanto una dichiarazione da parte del medesimo di rivocare il suo precedente testamento, sarebbe sufficiente a produrre la rivocazione. La negativa è insegnata da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 332, pel motivo che per l'art. in esame la rivocazione può aver luogo per atto autentico, o con un secondo testamento: or per esservi testamento non basta che un atto sia tutto di proprio pugno dello scribente, ma bisogna ancora che contenga una disposizione di beni, giusta la definizione del testamento data dall'art. 813. Questa dottrina è stata con solidi ragionamenti confutata. Nell'atto in parola si trova un vero testamento olografo, poichè dice Domat, p. 2, lib. 3, tit. 1, sez. 5, n. 12, «chi rivoca un testamento senza fare altro, istituisce per erede quello che dovo succedergli *ab intestato*, non con una istituzione in termini espressi, ma tacita nell'espressione, ed espressa nell'intenzione». D'altronde risulta dalle osservazioni del tribunato nella compilazione dell'art. in esame (Locré t. 5, p. 299, n. 64), che dicendosi di non potersi rivocare un testamento che con un testamento posteriore o con *un atto innanzi notaio*, s'intese con queste ultime espressioni di estendere il modo di rivocazione per coloro che non sappiano scrivere, ma non già d'interdire a coloro che sanno scrivere di rivocare con un atto privato scritto datato e sottoscritto, un testamento precedente. Sarebbe assurdo che chi può far testamento con atto privato, e tal è il testamento olografo (nota 1, pag. 64), non possa poi rivocarlo con un atto nella stessa forma. Grenier, n. 342; Toullier, t. 5, n. 633; Duranton, t. 9, n. 431; Cass. di Parigi, 17 maggio 1814; Sirey, 15, 1, 17; Merlin, rep. v. *revocation de codicille*, § 4, n. 1.

VI. Una quarta quistione si è quella, se un primo testamento possa rivivere mercè la rivocazione di quello che lo avea rivocato. Grenier, n. 346 e 347 ammette una distinzione. Trovandosi, egli dice, cancellato o cassato dal testatore un secondo testamento che contenga la rivocazione di un primo, l'annullamento tacito del secondo testamento fa suppor-

sero incompatibili colle nuove, o che vi fossero contrarie (1).

---

re che il testatore abbia avuto l'intenzione che il primo si eseguisse. Ma il testatore volendo ritornare alle disposizioni contenute in questo primo testamento, non sarebbe il caso di una semplice dichiarazione contenente cangiamento di volontà riguardo al secondo testamento, e perseveranza nelle disposizioni del primo. La rivocazione à distrutto l'effetto del primo testamento, e perciò fa d'uopo di una nuova disposizione testamentaria.—Questa dottrina viene rigettata dagli altri scrittori, i quali portano avviso, che debb'essere eseguito il primo testamento rivocato da un secondo, se quest'ultimo sia stato rivocato da un testamento posteriore: non esiste in vero veruna disposizione del codice, che proibisca ad un testatore di far rivivere un testamento rivocato, purchè l'atto che gli rende l'esistenza sia munito delle formalità prescritte dalla legge, cioè un testamento o un atto notariale. Toullier, t. 5, n. 635; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 332; Duranton, t. 9, n. 441, Arresto della Cass. di Parigi, del 4 dicembre 1811, in Merlin, rep. v. *revocat. de testam*, § 4, numero 7.

VII. Abbiamo nella nota 2, alla pag. 124 parlato degli effetti della ricognizione di un debito contenuta in un testamento. Qui ci rimane ad esaminare, se la ricognizione di un debito contenuta in un testamento rivocato faccia pure piena pruova a favore del creditore. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 332 sostiene l'affermativa; ma Toullier, t. 5, n. 637 osserva giudiziosamente, che se la ricognizione fosse giudicata irrevocabile, sarebbe lo stesso che introdurre un mezzo facile a rendere irrevocabili i legati, dando loro la forma della ricognizione di un debito. Per il che, la ricognizione di un debito contenuta in un testamento rivocato, non può formare che un principio di prueva per iscritto, art. 1301.

(1) La rivocazione de'testamenti è espressa e tacita. Abbiamo nella nota precedente discorso della rivocazione espressa; qui dobbiamo formarci a parlare della rivocazione tacita.

È tacita la rivocazione, allorchè talune disposizioni del testatore, o la condotta del legatario a suo riguardo, fanno presumere una intenzione di rivocare. Questo modo di rivocazione si presenta in cinque casi: 1.° Quando un secondo testamento contiene disposizioni incompatibili e contrarie a quelle contenute nel primo; 2.° Quando il testatore aliena la cosa legata, art. 994; 3.° Quando cessa l'unico motivo (v. la p. 136, n. II.) che determinò il testatore a fare la disposizione; 4.° L'inimicizia sopravvenuta dopo il testamento, tra il testatore e'l legatario, art. 1001 a 1002; 5.° Quando il testatore cancella o distrugge il testamento. De' primi tre modi di rivocazione parlano gli articoli citati, e dell'ultimo serba silenzio il codice (*). Parleremo in questa nota della rivocazione tacita che deriva dalla incompatibilità o contrarietà tra le disposizioni contenute in un primo ed in un secondo testamento,

---

(*) La distruzione materiale del testamento, la sua alterazione, le rasure, son fatti che fanno presumere il cangiamento di volontà del testatore. Le leggi romane contengono massime positive sulla rivocazione derivante dalla distruzione del testamento; e dal silenzio del codice non bisogna dedurre che la rivocazione tacita oggi ammessa sia esclusivamente quella prevista dagli art. 991 a 992; imperciocchè stabilì in principio la cass. di Parigi con arresto del 5 marzo 1824 (in Merlin, addizioni al rep., v. *revocat. de testam.*, § 4, n. 1) *che un testatore può, senza ricorrere alle forme prescritte dagli art. 1035 e 1036* (991 a 992), *rivocare il suo testamento, sopprimendo o annullando l'atto che lo contiene*—Ecco in riassunto ciò che gli autori e la giurisprudenza ànno stabilito in siffatta materia.

I. *Distruzione o alterazione del testamento per atto pubblico.* — La minuta del testamento per atto pubblico deve rimanere presso il notaio, e quantunque in Francia fosse un punto molto controvertito se il testatore possa richiederlo al notaio, presso di noi la negativa sembra incontrastabile per arg. dell'art. 33 della legge sul *notariato* (v. la nota alla p. 64, n. 6)—Bisogna quindi ritenere, che il testatore lacerando la copia del testamento rilasciatagli dal notaio, non si presume perciò di aver voluto rivocare il testamento, perciocchè sapeva egli che la minuta rimanendo presso il notaio, è dessa l'originale che serve di titolo all'erede scritto. Fabro, C. lib. 6, tit. 5, n. 30; Voet *ad pandectas*, l. 28, tit. 4, n. 2; Toullier, t. 5, n. 658; Duranton, t. 9, n. 469.

Ma *quid* se la minuta si trova lacerata o rasa in talune disposizioni? Bisogna distinguere, se le rasure abbiano avuto luogo per fatto del testatore, o per accidente, o per colpa del notaio. Nel primo caso, il notaio deve stendere processo verbale dell'avvenimento, e si presumono le disposizioni testamentarie rivocate, purchè il testatore non fosse stato nello stato di demenza, l. ult., ff. *de inj. rupt. irr.*—Se non costasse che le rasure abbiano avuto luogo per volontà del testatore, si presume che sieno avvenute per caso impreveduto, ed il testamento avrebbe il suo effetto, se ciò che rimane fosse intelligibile. Domat. l. 3, tit. 1, sez. 5, n. 21 e 22; Toullier, t. 5, n. 660.

II. *Testamento mistico.*—Per ciò che riguarda le rotture de'suggelli del testamento mistico, vedi la nota alla pag. 66 a 67.

III. *Testamento olografo.*—Questo testamento è soggetto più degli altri ad essere distrutto o alterato. La distruzione per opera del testatore fa evidentemente presumere la rivocazione di pieno dritto: Grenier, n. 347; Toullier, t. 5, n. 657; Delvincourt, l. 3, tit. 4, nota 334; Merlin, rep., v. *revocat. de testam.* § 4, n. 1.—Ma se il testatore avesse fatto due o più copie del testamento, la distruzione di una copia non fa presumere la rivocazione del testamento. Toullier, t. 5, n. 664 inclina a credere, invocando le leggi romane, che gli eredi *ab intestato* potrebbero provare con testimoni che il testatore

992. La rivocazione fatta con un testamento posteriore avrà pieno effetto,

---

I. Non si poteva per dritto romano morire con duo testamenti, e questo principio era sì incootrastabile, che la l. 12, § 1, ff. *de injusto rupto* decideva, di non potere il testatore con un secondo testamento ordinare, che il primo avesse eziandio la soa esecuzione.—Ma i legati lasciati in più codicilli avevano la loro esecuziono, e lo stesso testamento non produceva la rivocazione de' codicilli aateriori, ammeno cho il testatore non avesso manifestato uno contraria iotenziono, § 1, Inst. *de codicillis*.—Oggi cho non si distinguono più i codicilli do' testamenti, la legge permetta che si possa morire con due o più testamonti, o tutti avranno la loro esecuzione, se non contengono disposizioni incompatibili o contrario tra loro. Essendovi incompatibilità o contrarietà nelle disposizioni, valgono quollo contenuto nell'ultimo testamento: *in legatis novissimae scripturae valent*; l. 12, § 3, ff. *de legatis 1*. Ma la legge non à potuto diffinire per via di regolo generali la incompatibilità o contrarietà delle disposizioni, perciocchè è dallo parole del testamento, dall'insieme delle disposizioni che si può giudicare quale sia la volontà del testatore. Laonde appartieno a' magistrati, valutando tutte lo circostanze, la disamina, quando una prima disposizione testamentaria è tacitamente rivocata da una seconda per contrarietà o incompatibilità di disposizioni. La giurisprudenza o gli autori non sono stati però di accordo nella risoluzione di talune quistioni principali, cho ci faremo ad enunciare.

1.° Se istituito Tizio legataria universale con un primo testamento, il testatore istituisce Cajo coo un secondo testamento, Delviocourt, lib. 3, tit. 4, nota 335 o Duranton, t. 9, n. 445, credono rivocato per incompatibilità di disposizioni il primo testamento, non perchè sia impossibile esservi ad un tempo due legatarî universali, ma perchè l'art. 929 supponendo formalmente l'esistenza di due legatari universali, prevede il caso della nomina fatta con lo stesso testamento. Quando gl'istituti lo sono stati separatamente e con due atti distinti, non vi è più volontà espressa, e si ricotra nella regola naturale che non esiste che un legatario universale.—Ma Toullier, t. 5, n. 645 non trova incompatibilità tra la istituzione di un primo e di un secondo legatario universale contenuta in due diversi testamenti. L'art. 929 non distingue tra i legatari universali nominati con lo stesso testamento o con diversi; e d' altronde bisogna preferire l' interpetrazione cho conferma le disposizioni a quella che ne distrogge una parte. Bisogna solamente osservare, continua Toullier, t. 5, n. 645, che questi eredi o legatari universali, non essendo istituiti congiuntamente, non godono del dritto di accrescere, e non possono essere considerati cho como legatari a titolo universale. Merlin, addizioni al repert., v. *revocation de lege*, § 2, n. 4.° adotta interamente la dottrina di Toullier; ma Dalloz, v. *disposit, entre vifs et testam*. cap. 9, sez. 1, art. 2, incontra difficoltà od ammettere la restrizione di Toullier, perciocchè la qualità di legatari universali riconosciuta ne' duo testamenti, fa sì cho ciascun legataria à dritto all' intera eredità in mancanza dell'altro, per effetto del dritto di accrescere.

In conseguenza della stessa regola, Delvincourt, e Duranton sostengono, che il legato di una cosa determinata fatta a Tizio col primo testamento, è rivocato dal legato fatto con un secondo testamento, della stessa cosa a Cajo. Per lo contrario Pothier, *pand.*, l. 34, tit. 4, n. 34; Toullier t. 5, n. 645 e Merlin, addizioni alla v. *revocat. de legs.*, insegnano la dottrina contraria, poichè più persone possono essere legatarie della stessa cosa, e soltanto i legatari non essendo istituiti congiuntamente, non à luogo il dritto di accrescere, art. 1000.

2.° Si è dubitato, se sono incompatibili due testamenti, uno de' quali contiene un legato universale, e l'oltro un legato a titolo universale. Secondo Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 335, seguito da Duranton, t. 9, n. 446 o 447, bisogna distinguere: se il legato a titolo universale è contenuto nel secondo testamento, non ci è incompatibilità di disposizio-

---

abbia avuta intenziona di rivocare la disposizioni testamentarie contenute nella copia esistente; ma Merlin, nelle addizioni al rep., v. *revocat. de testam*, § 4, n. 2, à censurato questa dottrina, invocando altresì in sostegno del suo assunto un arresto della cass. di Parigi del 5 maggio 1824. Duranton, t. 9, n. 468.

La distruzione del titolo fatta da uo terzo non produce la rivocaziona del testamento, perciocchè è un fatto che non emana dalla volontà del testatore. Toullier, t. 5, n. 660; Merlin, rep., v. *revocat. de testam.*, § 4; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 334.

In quanto alle casure del testamento olografo, bisogna fare le medesime distinzioni. Quelle fatte dal testatore nel corpo del testamento, rivocano semplicemente la disposizioni cassate; ma se la casura cadesse sulla data o sulla sottoscrizione, sarebbe rivocato tutto il testamento, perciocchè senza la data o senza la sottoscrizione, il testamento non produce effetto, art. 895. Si presume cha la casure sieno stata fatta dal testatore, se il testamento si trova fra le sue carte, si presume che sieno state fatte da un terzo, se il testamento si trovasse in mano di altra persona. Voet, tit. *his quae in testam. delent*, n. 4; Toullier, t. 5, n. 662 e 663; Merlin, rep., v. *revocat. de testam.*, § 4.

ancorchè questo nuovo atto resti senza esecuzione per la rinunzia, o per la incapacità dell'erede istituito o del legatario (1).

---

ni; e s'intende ridotto il legato universale. Per lo contrario, se il secondo testamento contiene il legato universale, il primo è tacitamente rivocato, mentre il legato comprende tutto e per conseguenza ciò che era compreso nel legato a titolo universale. Questa distinzione non è ammessa da Grenier, n. 343, da Merlin, addizioni alla v. *revocat. des legs* § 2, e da Favard, v. *testament*, sez. 3, § 1, n. 10, i quali sostengono di non esservi incompatibilità anche quando il secondo testamento contiene il legato universale; un legato universale non può distruggere un legato a titolo particolare, nello stesso modo, come un legato universale non è incompatibile con un legato a titolo universale contenuto in un precedente testamento: cass. di Parigi, 7 febbrajo 1809, in Merlin, ibid.

3.° Come conseguenza delle idee esposte ne' due numeri precedenti, un secondo testamento che contenga una istituzione di erede o un legato universale, non rivoca tacitamente i legati particolari fatti con precedente testamento, perciocchè lungi dall'esservi incompatibilità tra il legato universale col legato particolare, la legge obbliga coll'art. 935 il legatario universale di soddisfare i legati particolari. Decisione dalla Corte di Grenoble del 22 giugno 1827, Dalloz, *rec. per.* 1828, 2, 167. *Contra*, Duranton, t. 9, n. 446.

4.° Il legato di una cosa particolare non è rivocato da un legato di altra cosa particolare, poichè le due disposizioni sono perfettamente conciliabili. Toullier, t. 5, n. 643, sostiene la contraria opinione, invocando la l. 6, § 2, ff. *de adimen. legat.*; ma Delvincourt, lib. 3, tit. 4, note 237 e 335 à dimostrato che questa legge non è contraria all'assunto. Da ultimo Merlin, nelle sue addizioni alla v. *revocat. des legs*, à con solidi ragionamenti combattuto la dottrina di Toullier. *Dopo di aver legato il fondo Cornelıano a Tizio con un primo testamento, gli lego cento scudi nel secondo*, si presume di aver voluto il testatore non già rivocare il primo legato, ma cumulare tutti due, cioè il legato di un corpo certo col legato di una quantità. La legge citata da Toullier dice, *si pro fundo decem legentur*, val dire che si prevede il caso in cui il testatore lega una somma in luogo del fondo, o in altri termini, il testatore sostituisce una cosa ad un'altra, come osserva Pothier *pandec.* tit. *de adimendis legatis*, n. 40.

5.° Quando il testatore lega a qualcheduno una parte di ciò che gli aveva legato con un testamento anteriore, vien riputato avere tacitamente rivocato il legato pel dippiù. Un testatore aveva dapprima legato al suo debitore la remissione di tutt' i suoi crediti; con un testamento posteriore dichiarò che gli rilasciava gl' interessi di cui si troverebbe suo creditore all'epoca di sua morte. La l. 28, § 5, ff. *de liberatione legata* decide sul proposto esempio, che con questa seconda disposizione, il testatore avava rivocato il legato della remissione del capitale. Di questo principio ci offre altresì pruova la l. 20, ff. *de instructo fundo*. Toullier. t. 5, n. 341.

6.° Il legato di una somma determinata fatto ad una persona con un primo testamento, non sarebbe rivocato da un legato fatto con un secondo testamento, di una simile somma ad altra persona; perciocchè, in questa ipotesi, non vi è identità tra le due cose legate. Le due somme legate saranno eguali, ma non identiche; la denominazione di *eadem res* non può convenire che ad un corpo certo. Merlin, rep., addizioni alla v. *revocat. de legs*, § 2, n. 2.°

7.° Nel caso del legato di una cosa a di un'eredità in totalità a Tizio, e poscia della metà della stessa cosa a Cajo, decise Giustiniano con la l. 23, C. *de legatis*, dirimendo l' antica controversia insorta tra i giureconsulti, che col secondo testamento rimane rivocata per metà la prima disposizione. Questa decisione è conforme ai principî del codice. Duranton, t. 9, n. 446.

(1) I. Se il secondo testamento rivocasse il primo, quantunque rimarrà senza effetto, il § 2, Inst. *quibus modis testam. infirm.* decideva l' affermativa. *Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest extiterit aliquis heres ex eo, an non, hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque, si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret decesserit, aut conditione sub qua heres institutus est defectus sit; in his casibus paterfamilias intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore: et posterius aeque nullas habet vires, cum ex eo nemo heres extiterit.* Decideva adunque la legge, che rivocato un primo testamento da un secondo il quale rimaneva senza effetto per la rinunzia o per la premorienza dell'erede, o anche per esser morto prima di verificarsi la condizione sotto la quale era stato il secondo erede istituito, in tutti questi casi, l'eredità si apriva *ab intestato*. — In quanto a'legati, era teorica inconcussa, che la rivocazione avea luogo, quando anche il secondo legatario fosse *incapace*; l. 34, ff. *de legatis* 1.°; l. 20, ff. *de adimendis legatis*. Ma col secondo testamento non rimanera

V. gli art. 972 a 974.

993. Se il testatore aliena in tutto o in parte la cosa legata, ancorchè per mezzo di vendita con facoltà di ricomprare, o di permuta, il legato s'intenderà rivocato per tutto ciò che è stato alienato, quando anche l'alienazione posteriore sia nulla, e la cosa stessa sia ritornata in potere del testatore (1).

---

rivocata il primo, se veniva istituito erede una persona incapace, l. 12, ff. *de his quae ut indignis auferuntur*. Per ragioni di finanze si stabilì di dichiarare indegno di raccogliere la sua instituzione, l'erede cui un primo testamento aveva deferito l' eredità; l'instituzione con tal mezzo divenendo vacante, l'effetto ne era devoluto, non all'erede chiamato nel secondo testamento, poichè veniva escluso di dritto per la sua incapacità, ma al fisco, il quale nondimeno rimaneva gravato de' legati contenuti nel primo: Cujacio sul Cod., l. 6, tit. 10. — Il codice à oggi con l'art. in disamina risoluto chiaramente, che la rivocazione espressa o tacita contenuta in un secondo testamento avrà piena effetto, ancorchè questo secondo atto restasse senza effetto per la rinuncia del legatario, o per la sua incapacità (v. nel t. 1, nota alla pag. 475). Se il secondo testamento restasse senza esecuzione per l'indegnità (art. 648 del legatario, evvi la stessa ragione a decidere che la rivocazione avrà pure pieno effetto; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 336; Grenier, n. 344; Toullier, t. 5, n. 668.

Ma l'art. in disamina non istabilisce cosa alcuna intorno al caso in cui la nuova disposizione sia rimasta senza esecuzione per l' inadempimento della condizione colla quale sia stata fatta. Il dritto romano stabiliva una distinzione tra le istituzioni di erede ed i legati. Mancando la condiziona sotto la quale il secondo testamento erasi fatto, non era il primo meno rivocato, l. 16, ff. *inj. rupt.*, § 2, Inst. *quib. mod. testam. infir.* Al contrario si decideva ne' legati, ammeno che non fosse provato di aver voluto il testatore in qualunque evento rivocare il primo legato; ma sarebbe spettato all'erede di fare questa pruova; l. 7, ff. *de adimentis legat*. Oggi che le stesse instituzioni di erede non sono che legati, bisogna decidere con la l. 7, ff. *de adimend. legat.*, che mancando la condizione con cui la nuova disposizione è stata fatta, è per mancata la rivocazione medesima, *nisi*, dice la citata legge 7, *fuerit in hoc animo testator, ut omnimodo rescissum a primo legato: tunc erit dicendum legatum a primo legatario ademptum*. Toullier, t. 5, n. 649; Duranton, t. 9, n. 451.

II. Debbesi similmente decidere, che la cessazione dell'unico motivo che à portato il testatore a fare un legato, ne fa presumere la rivocazione. Le l. 25 e 30, § 2, ff. *de adimendis legat.*, ce ne offrono esempi. Il dubbio sta a saper discernere nel fatto, se la causa aggiunta al legato è la vera causa finale, e su di ciò dicemmo nella p. 116 in fin., che la legge si rimette alla prudenza de' tribunali; Merlin, rep. v. *revocat. des legs*, § 2, n. 6; Toullier, t. 5, n. 654; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 237. Così la l. ult. ff. *de hered. inst.* ci presenta una specie da cui appare che un testatore per una falsa causa espressa nel secondo testamento, aveva mutato il primo. Egli aveva istituito erede una figlia, cui aveva sostituito il padre. Ucciso il padre, e divulgata la notizia che la di lui figlia era anche morta, il testatore mutò il testamento, ed istituì altro erede con questa prefazione; *quia heredes, quos volui habere, mihi continere non potui, Novius Rufus heres esto*. Quantunque fossero insorte gravi difficoltà sull'intelligenza di questo testo, la decisione si è, che l'erede nominato nel primo testamento trovandosi superstite, può chiedere l' eredità, poichè il secondo testamento si presume fatto sotto condizione. Mantica *de conj. ult. volunt*, lib. 6, tit. 14, n. 12; Stryhius, *de cautelis testam.*, cap. 24, § 33.

(1) La rivocazione tacita di un legato può altresì risultare dal fatto del testatore, alienando la cosa legata. Il dritto romano faceva distinzione fra alienazione volontaria e la necessaria. Nel caso di alienazione volontaria, la rivocazione era presunta; ma poteva il legatario essere ammesso a provare, che il testatore non aveva avuto, nell'alienare, l' intenzione di rivocare il suo legato; l. 15, ff. *de adimend. legat.*; § 12, Inst. *de legat.* Questo principio applicavasi anche quando l' alienazione era nulla, l. 24, § 1, ff. *de adimend. legat.*, o quando dopo l'alienazione la cosa fosse ritornata nel patrimonio del testatore mediante la ricompra; l. 15, ff *de adimend. legat.*—Nel caso di alienazione necessaria, correva la regola inversa di quella dell' alienazione volontaria; cioè il legato non era per regola rivocato mediante l'alienazione necessaria; ma poteva l'erede provare che il testatore aveva avuto l'intenzione di rivocarlo; l. 11, § 12, ff. *de legat. 3.°* — Oggidì non si distingue più, se l'alienazione sia stata volontariamente o per necessità, nè se lo sia stato mediante vendita o permuta, nè se lo sia stato incommutabilmente o con clausola di ricompra. L'art. in disamina stabilisce che in tutti questi casi (*) il legato è rivocato per tutto

---

(*) Non è nell'art. preveduto il caso se l' alienazione fosse stata fatta sotto condizione sospensiva, e Toullier, t. 5, n. 653 sostiene che vi sarebbe luogo a presumere che il testatore abbia voluto rivocare il legato sotto questa condizione, purchè non risultasse da qualche circostanza ch' egli à inteso rivocarlo

994. Qualunque disposizione testamentaria diviene caduca, se quegli, in favor di cui è stata fatta, non sopravviva al testatore (1).

V. gli art. 616, 892, 842, 936, 980, 998, 1045.

---

ciò ch'è stato alienato. Ed ora vi è una ragione perentoria a ritenere come rivocato il legato anche per effetto dell'alienazione necessaria, perciocchè uscita la cosa legata dal patrimonio del testatore, la cosa diventando d'altri, il legato è nullo, art. 975. Toullier, t. 5, n. 650; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 337; Duranton, t. 9, n. 459.

S'intende che l'alienazione di tutti i beni presenti del testatore non porta seco la rivocazione di un legato universale o a titolo universale: Cass. di Parigi, 9 maggio 1818 in Merlin, rep., v. *revocat. de legs*, § 2, n. 4.°; Toullier, t 5.° n. 650. La ragione si è, che l'art. in esame è soltanto applicabile al legato di un corpo certo o di una cosa determinata, e non al legato universale, il quale conserva il suo effetto, anche quando i beni alienati costituissero tutto l'attual patrimonio del testatore. Cass. di Parigi 17 maggio 1824, in Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.*, c. 9, sez. 1, § 2.

Non abbissi a credere che l'ipoteca imposta sulla cosa legata, o lo smembramento della proprietà produca la rivocazione. L'art. 974 previene questa conseguenza, poichè l'ipoteca non è incompatibile colla volontà di donare la proprietà, e l'alienazione dell'usufrutto fa sussistere il legato per la nuda proprietà. Del pari la donazione in pegno della cosa legata, non ne opera la rivocazione, che anzi è l'erede obbligato a ricuperarla per farne la consegna al legatario; l. 6, C. *de fideic.*; Paolo, *sententiae*, lib. 3, tit. 6, § 16; Domat, p. 2, lib. 4, tit. 2, sez. 11, n. 15.

La donazione della cosa legata fatta dal testatore ad una persona diversa dal legatario, rivoca senza dubbio il legato, perciocchè è certamente un'alienazione, art. 632. Che anzi è notevole, che lo stesso dritto romano, che nel caso di vendita distingueva, come abbiamo detto, se l'alienazione era stata necessaria o volontaria, per la l. 18 ff. *de adimendis legatis* non ammetteva questa distinzione nel caso di donazione, per la ragione, dice la stessa legge, che se taluno può essere obbligato a vendere per necessità una cosa legata e senza cambiare la buona volontà che aveva pel legatario, non può certamente donarla ad un altro, se non liberamente e preferendo il donatario a colui, al quale si era legata. La l. 24, § 1, ff. dello stesso titolo, soggiunge, che sebbene la donazione fosse nulla, tuttavolta si rivoca il legato, perciocchè la donazione, quantunque nulla, indica la volontà espressa del testatore di rivocare il legato; l'art. in esame non lascia su di ciò il minimo dubbio. Ma se la donazione è stata fatta al legatario, e la donazione si trovasse nulla, il legato non si reputerebbe rivocato, « per la ragione (come dice la cass. di Parigi con arresto del 6 giugno 1814, Sirey, 15, 1, 215), che la disposizione dell'art. 1038 (993) che dichiara rivocato il legato, in forza dell'alienazione posteriore della cosa legata, è evidentemente poggiata sulla presunzione legale di un cangiamento di volontà per parte del testatore; ma questa presunzione cessa di pieno dritto, allorchè l'alienazione sia fatta a vantaggio della persona stessa del legatario ». Grenier, n. 345 bis, e Duranton, t. 9, n. 461 si uniformano alla esposta dottrina.

(1) Chiamasi caduca una disposizione testamentaria, quando trovasi privata della sua esecuzione non per effetto di un vizio radicale, ma per delle cause accidentali. La parola *caduca* viene dal latino *cadere*, *cado*, *cecidi*, ed in giurisprudenza si applica a tutte le disposizioni testamentarie che si trovano senza effetto per la premorienza del legatario, o per altra causa. Sei sono le cause, che, secondo il codice, possono rendere caduche le disposizioni testamentarie: 1.° La premorienza del legatario al testatore, art. 994; 2.° La rinuncia del legatario, art. 998; 3.° La incapacità del legatario, art. 998; 4.° La perdita della cosa legata, art. 997; 5.° L'inadempimento della condizione durante la vita del legatario, art. 995; 6.° Il caso preveduto dall'art. 842. — La prima delle enunciate cause di caducità forma oggetto della disposizione dell'art. in disamina.

La morte del legatario prima di aprirsi la successione produce la caducità del legato, per la ragione che il legato è fatto in considerazione della persona che ne forma l'oggetto. Nelle eredità testamentarie non si conosce il dritto di rappresentazione: vedi nel t. 1, nota 1, in fine alla p. 261 e 262, n. VI.

I. *Effetti della caducità de' legati.* — La morte del legatario avvenuta prima del testatore

---

assolutamente; e cita la l. 7, ff. *de adimend. legat.* Ma Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 337 opina per lo contrario, che la rivocazione è operata, malgrado che la condizione venisse a mancare; perciocchè è lo stesso quando l'alienazione è risoluta o dichiarata nulla, e ciò non ostante il legato è dall'art. in esame reputato rivocato. Che se la l. 7, ff. *de adim. legat.* (riferita nella nota prec.) dice che il trasferimento condizionale a vantaggio di uno, del legato fatto ad un altro, opera la rivocazione solamente quando la condizione si verifichi, ciò è perchè il secondo legato non è irrevocabile; ma diversa è un'alienazione condizionale con atto tra vivi ch' è irrevocabile. Della stessa opinione è Duranton, t. 9, n. 459.

V. gli art. 816, 968, 1121 e seg.

995. Ogni disposizione testamentaria fatta sotto condizione che dipenda da incerto avvenimento, e tale che, secondo la mente del testatore, non debba eseguirsi se non quando si verifichi o non si verifichi l'avvenimento, sarà caduca, se l'erede istituito o il legatario muoia prima che siasi verificata la condizione (1).

---

opera la coducità del legato, dice l'art. in disamino, uniformemente alla l. unic. Cod. de *caducis tollendis*. Per dritto romano la premorienza dell'arede produceva la caducità anche de'legoti (v. la nota 1, pag. 53); ma oggi che la istituzione di erede non è necessaria per avere effetto le disposizioni testamentarie (nota 1, p. 53), i legati particolari debbono ricevere tutta la loro esecuzione, malgrado la premorienza dell'erede istituito, o di colui ch'era gravato di soddisfarli. Per questo motivo la compilazione dell'art. in esame fu sostituita ad un altro del progetto del codice, sulle osservazioni del Tribunato di Francia; « lasciando sussistere, diceva il tribunato, l'ert. del progetto si potrebbe dedurre, che la morte dell'erede universale o del legatario universale, dà luogo alla caducità di tutte le disposizioni testamentarie. È cosa savia di restringere lo caducità alle sole disposizioni per le quali non vi sarà stata sopravvivenza do parte di colere, cui sone state fatte » Locré, t. 5, p. 300, n. 65.

Quando il legotario è designoto nel testamente sotto il nome della sua dignità, e che il legato non fosse lasciato alla suo persona, ma alla sua carica, la sua premorienza non porterebbe olcun pregiudizio olle disposizioni del testatore; l. 56, ff. *de legatis* 2.°; Pothier, *testam.*, c. 3, sez. 6, § 1; Toullier, t. 5, n. 672; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 253; Grenier, n. 348.

La premorienza del legatarie al testotore, non produrrebbe la cadecità del legato, se il testatore avesse volute che gli eredi del legatario profittassero della sua liberalità, nel caso ch'egli sopravvivesse a costui. S'intende che la chiamata degli eredi s'intende di quelli di primo grado, così che, se anche costoro premorissero al testatore, nulla raccoglierebbero gli eredi del grado successivo. Pothier, *testam.*, c. 6, sez. 3, § 1; Grenier, n. 348; Toullier, t. 5, n. 672; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 253.

II. *Chi dee profittare della caducità del legato.*—Quando il legato diviene caduco per una delle cause designate dalla legge (salvo il caso di sostituzione, art. 936, e quello del dritto di accrescere, se più legatari sono nominati congiuntamente, a'termini degli art. 999 e 1000) la caducità va a profitto di colui che era obbligato di soddisfare il legato: *quem sequuntur incomoda, eumdem debent sequi comoda*. Quindi gli eredi legittimi profitteranno della caducità de'legati universali: i legatari universali della caducità de'legati a titolo universale: i medesimi legatari universali della caducità de'legati particolari, e non già gli eredi legittimi, poichè dall'art. 935 sono i legotari universali incaricoti del pagamento de'legati particolari. I legatari a titolo universole concorrendo con legotori universali, profitteranno della caducità de' legati particolari, in proporzione dell'obbligo che aveane di soddisfarli, tranne il caso in cui andassaro a carico de'legatari universali o degli eredi, art. 966 e 967. Finalmente i legatari universali de' mobili o degli stabili, e i legotori particolari profitteranno della caducità del legato che formava un peso della disposiziene a loro vantaggio; come, p.e., Tizio è legatario di tutti gli stabili coll'obbligo di dare a Cajo il fondo Tusculano che forma parte degli immobili del testatore; la caducità del legato di Caje va a vontaggio di Tizio. Similmente, se il testatere lega a Tizio la somma di mille franchi che tiene nel banco, coll'obbligo di soddisfare un altro legato di cento franchi a Paolo, e pure gli lega una fattoria, coll'obbligo di distaccarne alcune moggia a favore delle stesso Paolo, la caducità del legato di Paolo per dritto di non decrescere profitta a Tizie. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 601 e seg. Toullier, t. 5, n. 677 a 682; Grenier, n. 349; Delvincourt, lib. 3 tit, neta 253; Merlin, rep. v. *legataire*, § 2, n. 18 bis; Duranton, t. 9, n. 455.

(1) I legati possono essere puri e semplici, condizienali, a termine, modali. Abbiamo esaminate nella nota all'art. 968 l'epoca in cui è dovuto il legate pure a semplice. Qui, comentando gli art 995 e 996, ci rimone a parlare dell'epoca in cui sono dovuti i legati condizionoli, medali, ed a termine. In quanto all'epoca da considerarsi per la capacità del legatario, v. nel tome precedente la neta alle pag. 379 e 380.

I. *Differenza fra i legati condizionali ed a termine*—Non sone devuti, i legati condizionali, *dies non cedit*, se non depo l'adempimente della condizione. È questa la regola stabilita dalla l. 5, § 2, ff. *quando dies legatorum;* donde consegue, dice l'ort. 995, che morendo il legatario prima dell'avveramento della condizione, il legato è caduco. L'incertezza della sopravvivenzo del legatario fa ne' legati o termine degenerare il giorno incerto in condizione, per la ragiene che il legato si presume fatto in consideroziene della persona del le-

996. La condizione che, secondo la mente del testatore, altro non fa che V. l'art. 1138.

---

gatario e non de' suoi eredi; donde la massima, *dies incertus conditionem in testamento facit*, l. 75, ff. *de conditionibus et demonstrationibus*.—Questi principî àn dato luogo alle disposizioni de'due art. 995 e 996, secondo i quali è condizionale il legato, quando la condizione cade sull'essenza della disposizione, ossia quando la disposizione stessa è subordinata ad un avvenimento incerto. Se il giorno incerto fosse apposto alla esecuzione o non alla sostanza del legato, esso costituirebbe un termine e non una condizione. Nel primo caso è condizionale il legato, ed il legato è caduco, se il legatario muore prima del giorno in cui si avvererà la condizione. Nel secondo caso, il legato è a termine, ed il legatario morendo prima del giorno designato, trasmette il legato a'suoi eredi. Ma quando il legato è condizionale, quando è a termine? Gli art. citati si rimettono alla volontà del testatore, e bisogna quindi dall' insieme dell'atto giudicare quale sia stata la mente del disponente. Le leggi romane e gli autori offrono sul proposito regole utilissime a consultarsi.

1.° La massima *dies incertus conditionem in testamento facit*, non si applica al caso in cui è certo che il legatario perverrà al tempo di cui il testatore à favellato: poichè è l'incertezza della sopravvivenza del legatario che fa degenerare il giorno incerto in condizione. Laonde il legato fatto a Tizio *quando morrà*, è puro, e non contiene che un termine, perciocchè la morte di Tizio è un avvenimento infallibile, quantunque l'avvenimento ne sia incerto. La l. 4, § 1, ff. *quando dies legatorum* così apertamente decide; ed aggiunge Vinnio sul § 35 Inst. *de legatis*, che il momento della morte si considera sempre far parte della vita, *moriendi momentum, vitae tribuitur, quoniam viventes morimur*. Toullier, t. 5, n. 674; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 245; Duranton, t. 9, n. 297.

2.° Se il tempo apposto dal testatore alla sua disposizione riguardi la sostanza del legato, la cosa legata non è acquistata al legatario, che quando il tempo sia giunto. Se il termine invece di cadere sopra la sostanza del legato, non ne riguardi che l'esecuzione, la sua disposizione forma un dritto acquistato al legatario fin dal momento dell'apertura della successione; ma questo dritto non può essere esercitato che dopo il trascorrimento del tempo nel quale avrebbe dovuto riceversi il legato designato dal testatore. Così per esempio, *lego mille ducati a Seio quando avrà 25 anni, o quando si mariterà*, il legato è condizionale, poichè il tempo del matrimonio, o dell'età di 25 anni è essenzialmente lo scopo della disposizione: l'uno si trova, per le espressioni del legato, indispensabilmente annodato all'altro, ch'è ciò che costituisce la condizione, l. 22, ff. *quando dies legatorum*. Ma se si fosse detto nel testamento, *lego a Seio mille ducati pagabili quando si mariterà, o quando giungerà agli anni 25*, ecco la disposizione perfetta puramente e semplicemente, senza condizione: ciò ch'è aggiunto *pagabili* ec., non è che accessorio, e non concerne l'essenza del legato: in modo che cotesta addizione non può operare, che il termine del pagamento ch'essa contiene; l. 6, ff. *de annuis legatis*; l. 5 C. e l. 26, § 1, ff. *quando dies legatorum*; Toullier, t. 5, n. 674 e t. 6, n. 478; Merlin, rep. v. *legataire*, sez. 5, § 1, n. 9; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 245 e 247.

3.° Quando il tempo non sia espresso nella disposizione, ma che risulti solamente dalla natura della cosa legata, esso non rende il legato condizionale, e conseguentemente non impedisce che il legatario abbia un dritto acquistato fin dall'apertura della successione. Se io lego tutte le mie mercanzie che arriveranno sul naviglio *la Fortuna*, il quale è nell'Asia; benchè l'esecuzione del legato dipenda dal tempo dell'arrivo di questo naviglio, il legato non lascia di esser certo nel suo effetto; perciocchè non apparendo, dalle espressioni colle quali il testatore à spiegato la sua volontà, di aver egli avuto l'intenzione di fare un legato condizionale, essa condizione non si presume, ove non sia espressa. E quindi, ancorchè il legatario venga a morire prima dell'arrivo del naviglio, egli non lascia di trasmettere il legato a'suoi eredi, l. 26, ff. *quando dies legatorum*.—In conseguenza del qual principio, che il tempo non espresso in un legato non produce condizione, ne segue che il legato fatto ad una donzella *per agevolarla a maritarsi*, ad un giovinetto *per aprire un negozio*, non è condizionale. E d'altronde, lo stabilimento del legatario non è, nel caso di cui favelliamo, che una causa impulsiva la quale non impedisce nè l'acquisto, nè la trasmissione del legato, secondo la l. 71, ff. *de conditionibus et demonstrationibus*, e la l. 22, § 1, ff. *de alimentis legatis*; in guisa che, nella proposta specie, non solamente il legato comincia ad esser dovuto alla morte del testatore, ma anche la donzella può esigerne il pagamento senza maritarsi, ed il giovinetto senza mettersi al negozio. Repert. di Merlin, v. *legataire*, sez. 5, § 1, n. 9; Delvincourt, l. 3, tit. 4, nota 245.

II. *Differenza tra i legati modali e condizionali*.—Chiamasi *modo* o *peso* l'obbligazione che il testatore impone al legatario di dare o fare qualche cosa in considerazione della liberalità di cui egli lo gratifica. Il modo differisce dalla condizione tanto nella maniera di esprimerlo, quanto negli effetti che rispettivamente ne risultano. Bene spesso avviene che

sospendere l'adempimento della disposizione, non impedisce che l'erede isti-

---

si confonde il modo con la condizione, e le stesse leggi romane ne forniscono molti esempi; l. 8, § 7, ff. *de condit. instit.*; l. 21, § 3, ff. *de annuis legatis*; l. 75, § 1, ff. *de condit. et demonstrat.*; l. 2, § ult., e l. 3, ff. *de donat.*—La regola, alloraquando non si può comprendere se la disposizione è modale o condizionale, è che bisogna ricavare la volontà del testatore dall'insieme delle sue disposizioni, l. 19, ff. *de condit. et demonstr.*, l. 16, C. *de fideicom.* Imperciocchè non è di poca importanza, il conoscere se la disposizione è condizionale o modale. Essendo condizionale la disposizione, gli effetti sono quelli indicati nei due numeri seguenti. Se la disposizione è modale, non apporta alcun ritardo all'esecuzione del legato, e la proprietà della cosa legata passa al legatario, prima che il peso sia adempito, l. 83, ff. *de donat.*; salvo però all'erede prima di rilasciare il legato, il dritto di ottenere sicurtà per l'adempimento del modo, l. 19, ff. *de legatis* 3.°; l. 80, ff. *de condit. et demonstr*; l. 48, ff. *de fideicomm. libertatibus*; nov. 22, cap. 45. Per la pena dell'inadempimento del modo, vedi il numero IV, pag. 141.

III. *Effetti delle condizioni ne' legati.*—In pendenza della condizione, il legatario non à alcun' azione per costringere l'erede al rilascio della cosa legata; che anzi, se il legatario avesse per errore rilasciato la cosa prima di verificarsi la condizione, potrebbe l'erede chiederne la restituzione, una co' frutti, dal legatario indebitamente percepiti, l. 16, ff. *de condit. indebit.*; l. 8, ff. *de periculo et commod. rei vend.*—Ma il legatario può esercitare atti di proprietà sotto condizione, ossia vendere, ipotecare la cosa legata, e la vendita e l'ipoteca sono subordinate all'avveramento della condizione, art. 1132, 2011. A più forte ragione può fare atti conservatori, e que' tendenti ad interrompere la prescrizione, art. 1133 e 2042. Il terzo acquirente dall'erede prescriverebbe contro il legatario, come abbiamo veduto nel t. precedente, nota alla p. 182, n. 11, e nota alla p. 430, n. 11. Può, secondo la l. 1, ff. *ut legat.* seu *fideicomm. servand. causa.* il legatario esige dall'erede cauzione, non dovendosi presumere che il testatore volesse far dipendere l'esecuzione del legato dalla solvibilità o insolvibilità dell'erede; e Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 245 opina doversi nello stesso modo decidere sotto l'impero del codice, massime quando l'eredità consiste in mobili. Duranton, t. 9, n. 307 non crede potersi ammettere indistintamente l'erede a dar cauzione ai legatari. Si possono conciliare le due opinioni, osservando che quando con gli atti conservatori, il legatario può assicurare l'adempimento del legato, sarebbe inutile chiedere cauzione dall'erede; ma quando l'eredità consiste soltanto in mobili, in danaro contante, può esigere la cauzione per arg. dell'art. 724.

Abbiamo detto, che prima di verificarsi la condizione, il legatario non può domandare il rilascio della cosa legata. Ma se la condizione imposta consiste in *non faciendo*, dall'astenersi da un fatto, l'esecuzione del legato può domandarsi? Se un testamento dicesse, *lego a Tizio cento ducati se non ascenderà al Campidoglio, se non andrà a Roma*, nel rigore de' principi, l'esecuzione del legato non potrebbe domandarsi, che dagli eredi del legatario, perciocchè è certo non prima della morte, che Tizio non ascenderà al campidoglio, non andrà a Roma. E se il legato fosse di un usufrutto, laddove si volesse vedere in questa clausola una condizione sospensiva, il legato diverrebbe perfettamente inutile, per la ragione che verrebbe sospeso sino alla morte di Tizio, epoca in cui l'usufrutto è estinto. Per ovviare a tali inconvenienti, il dritto romano permetteva al legatario *sub conditione in non faciendo* di domandare il rilascio del legato, dando cauzione, qualora contravvenisse alla condizione, di restituire la cosa legata co' frutti. Questa cauzione fu detta *Muciana*, dal nome del giureconsulto Quinto Muzio Scevola che ne fu l'inventore, come ci fa sapere Giustiniano, nella novella 22, c. 43. E Cujacio sulla legge 72, ff. *de condit. et demonstr.* ne dà per ragione, che ne' legati (*secus* ne' contratti, una simile condizione è un modo anzi che una condizione sospensiva, perciocchè si considera la sola intenzione del defunto, e si presume ch'egli non avendo esplicitamente rimessa la esecuzione del legato alla morte del legatario, abbia voluto che costui ne profittasse.—Toullier, t. 6, n. 535 ammette sotto l'impero del codice la esposta teorica del dritto romano, e soltanto incontra difficoltà in quanto alla cauzione *muciana*, poichè le facoltà de' giudici non si estendono fino a supplire una cautela che nè la legge, nè il testatore ànno richiesto. Per lo contrario Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 245 trova applicabile al nostro dritto la cauzione *muciana*. Secondo le circostanze di fatto può dal giudice costringersi il legatario a dare o pur no cauzione. Se la cosa legata consiste in un immobile, ed il legatario fosse di nota insolvibilità, potrebbe il giudice obbligarlo a dare cauzione per garentire all'erede la restituzione dei frutti, o i danni avvenuti per le devastazioni, laddove si contravvenisse alla condizione. Se il legato consiste in una somma di danaro, dovrebbe il legatario dar cauzione, perciocchè se da una parte s'interpetra la condizione per *un modo*, appunto per far profitta-

tuito o il legatario vi abbia un diritto acquistato e trasmessibile a'proprj eredi.

---

re al legatario del legato, dall'altra parte è giusto che l'erede abbia sicurezza della restituzione: il codice offre più esempl di cauzione, applicabili per analogia al caso in disamina.

Effetto retroattivo. Se l'adempimento dolla condizione à un effetto retroattivo ne' testamenti, vedi nel t. 1, nota alla pag. 380. La considerazione che l' erede fa suoi i frutti *pendente conditione* non è contraria all'effetto retroattivo, perciocchè la percezione de'frutti è annessa alla buana fede del passessore; § 5 Inst. *de rer. divis.*; art. 474 e 475; Toullier, t. 6, n. 545; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 245.

IV. *Pena della mancanza dell' adempimento del peso o della condizione*—Se il legato è modale, bisogna distinguere, se questo peso abbia per oggetto una somma di danaro, o un fatto la cui estimazione può ridursi in danaro; o cada su qualche cosa che non può essere supplita da una indennità pecuniaria. Nel primo caso, la mancanza di cui si tratta non produce contro il legatario che un'azione per fargli soddisfare il peso, e se muore trasmette il legato agli eredi, contro i quali può esser diretta l'azione per la soddisfazione del peso. Nel secondo caso, la mancanza dell'adempimento del peso dà luogo alla risoluzione del legato, art. 1137, risoluzione che non à luogo *ipso jure*, ma dov'essere domandata, ed il legatario potrebbe purgare la mora. Questa risoluzione profitta all'erede, poichè non potendosi adempire il peso, il legato è caduco. Merlin, rep., v. *legataire* § 7, art. 2, n. 12; Toullier, t. 6, n. 582; Delvincourt, l. 3, tit. 4, nota 245; Duranton, t. 9. n. 322.

In quanto all'inadempimento della condizione, tutto quel che può dirsi su questo punto, si contiene nel seguente canone di legge: l'inadempimento della condizione opera la caducità della dispasiziane: *actus conditionalis*, *defecta conditione*, *nihil est*, l. 8. ff. *de periculo et comodo rei venditae*. Da ciò nasce, che morto il legatario prima di adempiersi la condizione, il legato è caduco, nè gli eredi del legatario potrebbero adempirla; l. 51 e 56, ff. *de condit. et demonstr.*

Conviene importanto osservare, che nelle disposizioni di ultima volontà (*secus* ne' contratti) non sempre l'inadempimento della condizione prodoce la caducità del legato. Se la condizione è casuale, e non avverata, produce sempre la caducità del legato; ma se la condizione è potestativa o mista, il legatario può essere scusato, e le leggi romane con molta saviezza distinguano sei casi diversi:—o la condizione manca pel fatto del testatore — o manca pel fatto del legatario, — o manca pel fatto di un terzo interessato ond'essa non venga adempiuta, — o manca pel fatto di un terzo nella cui persona il testatore à voluto che si adempisse, — o manca pel fatto di un terzo che non à interesse che si odempia, ovvero no — o manca per un caso assolutamente fortuito.

1.° Se la condizione potestativa manca pel fatto del testatore, anzi che tornar a profitto del legatario questo inadempimento, la disposiziane si reputa rivocata. E perciò se Pietro à legato il fando Corneliano a Tizio a condizione che pagasse mille ducati che deveva a Cajo, si reputerebbe mancata la condizione, se il testatore avesse prima di morire soddisfatto il dobito; l. 72, § 7, ff. *de condit. et demonstr.*; l. 29 § ult. ff. *de legatis* 3.°; Voet, lib. 28, tit. 7, n. 18.

2.° Se la disposizione potestativa manca pel fatto del legatario, il legato svanisce; l. 3, C. *de condit. incertis*; l. 1 e 2, C. *de instit.*; l. 31, ff. *de condit. et demonstr.*—Una volta che il legatario à dichiarato di non valer adempire la condizione, non può indi venire a domandare l'osecuziane del testamento, olfrendo di adempire la condizione, l. 13, ff. *de manumissis testamento*; l. 3, § 13, ff. *de statu liberis*; l. 75, ff. *de regulis juris*; l. 7. C. *de condit. incertis*—Similmente si reputa mancata la condiziono potestativa, se il legatario agisca in modo che non se ne compia l'adempimento. Per esempio, un padre lega mille franchi a Paolo, sotto la condizione cho s'incaricherà della tutela de'suoi figli: dapa la morte del testatore, Paolo si à addossata questa tutela; ma ne ò stato privato per causa di prevaricamento. Che avviene mai del legato di mille ducati? La l. 13, ff. *de annuis legatis*, risponde che sia caduco. È notevole altresì, che nelle condizioni le quali consistono in un fatto permamente o in fatti successivi, bisogna perseveraro nell'adempimento della condizione per tutta la vita del legatario, altrimenti la condizione si á per inadempita. Così la condizione dolla vedovanza produce l'effetto, che violata, debbe restituirsi l'oggetto legato co'frutti: novella 22, cap. 44. Ma quando la condizione si versa sopra fatti successivi e si tratta di legati annui, l'inadempimento della condizione produce la pena di perdero il legato per l'avvenire, e non già le annualità maturate prima di violarsi la condizione. Così un legata di 500 ducati annui alla moglie durante la sua vedovanza, la somma sarà dovuta per ogui anno di vedovanza. La samma annua legata a'domestici per tutto il tempo che dimoreranno co'figli del testatore, sarà dovuto finchè avranno dimorato con essi; l. 3, 8, 101, § 1, ff. *de condit. et demonstr.*; l. 10 e 17, ff. *de annuis legatis*; l. 13, § 1, ff. *de annuis legatis*; l. 1, C. *de legatis*; Toullier, t. 6, n. 645.

V. gli art. 542, 974.

997. Il legato diviene caduco, se la cosa legata è interamente perita, durante la vita del testatore.

3.° Se la condizioοe potestativa manca pel fatto della persona la quale à interesse al suo adempimento, si reputa, sol perciò, adempita; l. 161, ff. *de regulis juris;* l. 33, § 1, ff. *de fideicommissariis libertatibus*; l. 5, § 5 ff. *quando dies legatorum cedat*; l. 81, § 5, ff. *de condit. et demonstrat.*

4.° Si reputa egualmente adempita lo condizione se manchi pel fatto del terzo, nella persona del quale il testatore abbia voluto che si adempisse. Per esempio, il testatore lega mille franchi a Tizio, sia sotto la condizione di donare cento franchi a Paolo, sia sotto la condizione di sposare Mevia. Il legato è dovuto, e la condizione si reputa adempita, se Paolo rifiuta i cento, se Mevia non vuole sposare il legatario; l. 14, 31 e 43, ff. *de condit. et demonstr.;* l. 11, ff. *de condit. instit.;* l, 1, C. *de instit.*; l. 5, § 5, ff. *quando dies legatorum cedat*—Il rifiuto del terzo non dà luogo a pentimento, ed il dritto del legatario diventa irrevocabile, quantunque dopo il rifiuto si offrisse Tizio a ricevere i cento, e Mevia a sposare Cajo; l. 3, § 13, ff. *de statu liberis*; l. 7, C. *de conditionibus incertis;* Voet, tit. *de condit. instit.*, n. 19.—È altresì a considerarsi, che, in siffatta materia, il fatto del tutore viene considerato come il fatto de' minori che alla tutela sua sono sottoposti; l. 78, ff. *de condit. et demonstrat.;* l. 34, § 4, ff. *de legatis* 2.°

5.° Se la condizione venga a mancare per fatto di un terzo che non abbia interesse che si adempia, o che non si adempia, bisogna distinguere, se il fatto del terzo abbia avuto luogo in vita del testatore, o dopo la costui morte. Nel primo caso, si fa distinzione, se il testatore seppe che il fatto del terzo à renduto impossibile l'adempimento della condizione, o non ne fu informato. Non mutando il suo testamento, avendo il testatore saputo il fatto del terzo, si considera che abbia sciolto il legatario da una condizione, il cui adempimento conobbe esser divenuto impossibile. Nel caso poi il testatore non fu informato del fatto del terzo che à renduto impossibile l'adempimento della condizione, o nel caso che questo fatto abbia avuto luogo dopo la morte del testatore, il legato è divenuto caduco, salva al legatario l'azione de'danni-interessi contro colui, pel cui fatto la condizione non può avverarsi; l. 23 § 2, ff. *ad legem aquiliam;* Voet, tit. *de condit inst.*, n. 20.

6.° Finalmente, se la condizione potestativa viene a mancare per caso fortuito, bisogna ammettere le distinzioni, di cui si è parlato nel precedente n.° 5.°; l. 8, § 7, e l. 24, ff. *de condit institut.;* l. 54, § 1 e 2, ff. *de legatis* 1.°; l. 28 o 31, ff. *de condit. et demonstrat.*

V. *Regole per l'adempimento di più condizioni.* —Il testatore può imporre al legatario più condizioni, e qui cade in acconcio di esaminare, se sia necessario che vengano tutte adempite. Bisogna distinguere: allorchè le condizioni sono riunite con una congiuntiva, è necessario adempierle tutte, perchè si ànno queste condizioni come una sola, l. 5, ff. *de condit.institut.*—Altrimenti ne sarebbe, se le condizioni fossero separate con una particella disgiuntiva, e basta allora che una sola sia adempita; § 11, Inst. *de hered. instit.*; l. 129, ff. *de V. O.* Bene spesso avviene che si prende la congiuntiva per disgiuntiva (v. il t. 1, nota 1, pag. 267; Voet, tit. *de condit. inst.*, n. 29; Merlin, rep v. *disjonctive* e v. *copulative*). Se non vi fosse nè congiuntiva, nè disgiuntiva, come quando la disposizione dicesse, *lego mille franchi a Tizio se il tale naviglio giunge dall'Asia, se eposerà Mevia*, bisogna indagare la volontà del testatore, e nel dubbio considerare come congiuntive le due condizioni. Toullier, t. 6, n. 597.

VI. *Indivisibilità delle condizioni nel loro adempimento, ed eccezioni a questa regola.* L'indivisibilità delle condizioni è stabilita come regola nel dritto romano, ed anche il legato dipendente da una condizione il cui oggetto è divisibile, diviene caduco, quantunque il legatario prima di morire avesse eseguito parzialmente la condizione. Il legato, per esempio, fatto a Paolo del fondo Corneliano, sotto la condizione di dare mille ducati a Cajo, non dà dritto al legatario di domandare la metà del fondo, pagando 500 ducati: l. 74, pr. e § 1, ff. *de acquir. vel omitt. haeredit*; l. 56, ff. *de condit. et demonstr.*; Pothier, *obligat*, numero 215.

Questa regola soffre eccezioni ne' seguenti casi: 1.° Trovandosi la cosa legata soggetta ad evizione, il legatario potrebbe domandare che l'obbligazione fosse ridotta alla stessa concorrenza, l.43 e 44, § 9, ff. *de condit. et demonstrationibus.*—2.° Se il legato soffrisse riduzione per la riserva dovuta agli eredi, la somma che forma un peso del legato, sarebbe ridotta nella stessa proporzione, l. 43, § 2, ff. *de condit. et demonstrat.*—3.° La condizione di dare è divisibile, quando viene imposta a più persone, perciocchè enumerando il testatore le persone cui è imposto il peso, si presume che l'abbia diviso da principio. Io lego il fondo Corneliano a Tizio ed a Paolo, se danno mille ducati al mio erede; se Tizio dà 500 ducati potrà domandare la metà del legato, l. 56, ff. *de condit. et demonstrat.*—4.°

Sarà lo stesso se perisca dopo la di lui morte senza fatto e colpa dell'ere-

---

Se un fatto divisibile viene imposto per condizione a più persone, la condizione si divide in quanto alla sua esecuzione. Tale sarebbe il legato fatto a più servidori, a condizione di rimanere al servizio de'figli del testatore, l. 84, ff. *de condit. et demonstr.*—5.°Se la condizione di un fatto divisibile è imposta ad una sola persona in favore di più persone, essa può esser divisa in quanto al suo adempimento; ma la disposizione viene diminuita in proporzione della diminuzione del peso. *Io lego mille ducati annui a Tizio se amministra i beni che lascio a'miei tre figli assenti.* Uno di essi vende la sua porzione, il legato viene ridotto di un terzo, perchè l'opera ed il danaro si possono egualmente dividere: *certum labor quam pecunia divisionem reciperent*, l. 10, ff. *de ann. leg.* Altrimenti ne sarebbe se la condizione consistesse in un fatto indivisibile. Per esempio, *io lego a Tizio mio domestico cento ducati annui, se dimora co'miei figli sino alla sua morte.* Uno de'figli si assenta, il legato non soffre alcuna riduzione, se il domestico continua a dimorare cogli altri figli.—6.°La condizione che consiste *in faciendo* imposta a più persone, può esser divisa in quanto alla sua esecuzione, se il fatto è divisibile: *secus* se è indivisibile. Ma se un solo de'legatari adempisse la condizione, è una quistione di volontà il vedere, se il voto del testatore è soddisfatto; l. 13, in prin. e § 1, ff. *de manumiss. test.*; l. 54, § 1, ff. *de condit. et demonstr.* Voet, lib. 28, tit. 7, n. 5.°; Toullier, t. 6, n. 597 a 605.

VII. *Termine nel quale le condizioni imposte ne'testamenti debbono essere adempite.*—Se la disposizione esprime il termine in cui la condizione debba verificarsi e adempiersi, il termine è fatale. Non essendovi nel testamento determinazione del tempo nel quale debbono le condizioni essere adempite, vi sono condizioni che debbono verificarsi al momento in cui si dà luogo al legato, senza di che esso è caduco. Tali sono le condizioni *de presenti aut de praeterito*, che consistono in un avvenimento presente e passato. Vi sono condizioni che debbono essere necessariamente adempite durante la vita del testatore: *Io lego il fondo Corneliano a Mevia, se ella mi sposa;* l. 91, ff. *de condit. et demonstr.*—Altre condizioni non possono verificarsi che dopo la morte del testatore: *lego mille ducati a Mevio se assiste a'miei funerali;* l. 91, ff. *de condit. et demonstr.* Vi sono in fine condizioni che possono essere adempite indifferentemente prima o dopo la morte del testatore, e rispetto a queste condizioni possono insorgere delle difficoltà tendenti a sapere, se l'avvenimento succeduto prima della morte del testatore torna a profitto del legatario; su di che è a far distinzione tra le condizioni casuali e miste, e le condizioni potestative. Le condizioni potestative, come, p. e., *se il legatario dà un tanto*, non possono verificarsi che dopo la morte del testatore, stantechè per potere una persona adempire ad una condizione, conviene che sappia che questa condizione le viene imposta. Se l'avesse adempita a caso e senza disegno, e per altro motivo, questo adempimento sarebbe inutile: *non videtur obtemperasse voluntati*, dice la l. 2, ff. *de condit. et demonstr.* Le condizioni *miste* che dipendono dalla volontà del legatario e da quella di un terzo, quelle soprattutto che dipendono dal fatto del matrimonio, possono essere adempite a pro del legatario, sia prima sia dopo la morte del testatore, l. 10 e 19 ff. *de condit. et demonstr.* Le *casuali* possono adempiersi prima o dopo la morte del testatore, perchè egli ignorasse che l'avvenimento era già seguito nel fare il suo testamento, come, p. e., se il tale naviglio giunge dall'Asia, se Tizio giunge alla pubertà; l. 10, § 1, ff. *de condit. et demonstr.* Qualora il testatore non abbia ignorato l'avvenimento, bisogna distinguere: se l'avvenimento può reiterarsi, il legato è condizionale, e non sarà dovuto se non quando l'avvenimento succede la seconda volta; così chè nel legato se la tal donna à figli, se Tizio prende moglie, adempiscono la condizione non già i figli la nascite de'quali era nota al testatore, ma que'che nascono dopo il testamento; e nell'esempio della condizione *se prende* moglie imposta a Tizio che il testatore sapeva di esser ammogliato, bisogna attendere il secondo matrimonio, perchè la condizione sia adempita; l. 9, 11, 61 e 68, ff. *de condit. et demonstr.*—Se, al contrario, l'avvenimento non può reiterarsi, il legato è puro e non condizionale; perciocchè non si dee credere che l'intenzione del testatore sia stata quella d'imporre una condizione impossibile, l. 11, ff. *de condit. et demonstr.* Toullier, t. 6, n. 629 a 636.

Ma le condizioni potestative imposte al legatario debbono da lui adempiersi il più presto che sia possibile, l. 29, ff. *de condit. et demonstr.*, così che, salvo il caso di legittima scusa, di cui abbiamo parlato nella pag. precedente, se il legatario muore prima di adempire la condizione, il legato è caduco. Ma il legatario che non esegue subito le condizione non perde perciò il dritto a conseguire il legato: come accaderebbe, se non avesse adempita la condizione in un termine stabilito dal testatore: il suo dritto non si prescrive che dopo 30 anni. Possono però coloro che ànno interesse che la condizione fosse adempite, mettere in mora il legatario e fare dal giudice assegnare un termine nel quale, se non adempia, egli debba incorrere nella perdita del suo dritto. Voet, *ad pandectas*, lib. 28, tit. 7, n. 27; Toullier, t. 6, n. 639, 640, 648.

V. gli art. 1090 e seg., 1256.

V. gli art. 701 822, 994.

de, benchè costui sia stato costituito in mora per lo rilascio, quando la cosa avrebbe dovuto egualmente perire tralle mani del legatario (1).

998. La disposizione testamentaria sarà caduca, quando l'erede instituito o il legatario la ripudii o si ritrovi incapace a conseguirla.

999. Avrà luogo il *diritto di accrescere* a vantaggio degli eredi o de'legatarj, se l'istituzione o il legato è fatto a più persone *congiuntamente* (2).

---

(1) I. La perdita della cosa legata è un altro motivo di caducità de'legati, e la compilazione chiara di questo art. estratta dalle dottrine di Pothier, *testam.*, c. 6, sez 4, art. 1, § 4, è il compendio delle antiche dottrine. S'intende già che la caducità del legato per la perdita della cosa legata riguarda i corpi certi e determinati, e non si applica a'legati di genere o di quantità.

Per operarsi la caducità, bisogna che la cosa sia *interamente* perita, dice l'art. in esame. Combinando adunque questo principio con quello sancito nell'art. 972, che le cose legate debbono consegnarsi nello stato in cui si trovano all'epoca della morte del testatore, si può decidere, se la perdita parziale della cosa legata opera l'estinzione del legato, con una distinzione. Se la parte che rimane era accessoria della cosa estinta, non è dovuta al legatario, perciocchè gli accessori non sono dovuti che in considerazione della cosa principale: diversamente, se non è accessoria. Così se perisse un cavallo legato col suo arnese, il legatario non potrebbe pretendere l'arnese: *nam quae accessionum locum obtinent extinguntur, cum principales res peremptae fuerit*, l. 1, ff. *de peculio legato*. Ma se fosse caduta la casa, il legato del suolo rimarrebbe, ed i materiali sarebbero anche del legatario, *insula legata, si combusta esset, area possit vindicari*, l. 22, ff. *de legatis* 1.° Voet, *ad pandectas*, lib. 30, tit. unic., n. 52; Domat, p. 2, lib. 4, tit. 2, sez. 11, n. 19; Grenier, n. 322; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 302.

Debbe parimenti decidersi, che bruciata la casa, o ricostruitane dal testatore un'altra sul medesimo suolo, il dritto del legatario si estende sulla nuova casa; l. 39, ff. *de legatis* 2.°; per la ragione, che nella esecuzione del legato di proprietà si segue la massima, che l'edificio cede al suolo. Ma se il legato è dell'usufrutto di un edificio, questo bruciato si estingue l'usufrutto, l. 5, § 2, ff. *quib. mod. usufruct. amitt.*, ancorchè posteriormente il testatore ricostruisse sul suolo una nuova casa, per la ragione che il legato di usufrutto à per oggetto lo smembramento della proprietà, è inerente alla sola superficie del fondo, e per conseguente perde di oggetto pel cangiamento avvenuto nella superficie del fondo. Pothier, *testam.*, c. 6, sez. 4, art. 1, § 3; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 302; Proudhon, *de l'usufruit*, n. 41, 44 e 2557.

II. *De'cangiamenti avvenuti nella forma della cosa legata*—Si possono stabilir due regole, subordinate sempre, come dice Ulpiano nella l. 65, § ult. ff. *de legatis* 1.° all'intenzione che fosse stata manifestata dal testatore; *Primo;* Se dopo il testamento si facciano cambiamenti nella cosa legata ancorchè sieno tali che, potendo di sua natura esservi soggetta, ne sieno rifatte tutte le sue parti, queste mutazioni nella cosa legata, non ne operano la estinzione. Così non si rivoca il legato di una nave, o di una casa, o di altro edifizio, quantunque si rifaccia successivamente, o quando a parte, l. 24, § ult. e 65 § ult. ff. *de legatis* 1.° —Non è estinto il legato di una mandra per esserne il maggior numero morto in vita del testatore; l. 22, ff. *de legatis* 1.°—*Secondo*. Se i cambiamenti nella cosa legata sieno tali, che sebbene possa rimanerne la materia, tuttavolta diventa di un'altra forma, in guisa che non si esprima più col nome della cosa legata, con questo cambiamento è a presumersi la rivocazione del legato. Così, avendo il testatore ridotto a vesti il legato di stoffe di lana o di seta, il legato è estinto per la l. 88 ff. *de legatis* 3.°, quantunque il contrario sembrasse risultare dalla l. 44 § 2, ff. *de legatis* 2.°—È estinto parimenti il legato se il testatore avendo legato gemme, le destinasse poscia per qualche ornamento, come per l'elso di una spada, per una cassa di oriuolo, per uno stuccio o per altro ornamento; l. 6, § 1, ff. *de auro arg.;* Voet, lib. 30, tit. unic., n. 55; Domat, p. 2, l. 4, t. 2, sez. 9, n. 1, e 18; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 302.

(2) Dicemmo nella nota 1, pag. 137 e 138, che per regola generale la caducità de'legati profitta a coloro che sarebbero stati obbligati di soddisfarli, laddove la causa della caducità non si fosse verificata. Questa regola non riceve la sua applicazione, quando vi sieno più legatari congiuntamente, perciocchè la porzione del legatario che non vuole o non può accettare, va a beneficio del collegatario congiunto per dritto *di accrescere*.

Per trattare con chiarezza la importante teorica del dritto *di accrescere* e penetrare nello spirito degli art. 999 e 1000, divideremo questa nota in cinque §. Nel primo discorreremo la origine e'l fondamento del dritto di accrescere; nel secondo esporremo le cause per

Si reputa fatta congiuntamente l'istituzione o il legato, quando dipenda

---

le quali si dà luogo al dritto di accrescere; nel terzo parleremo della congiunzione mista; nel quarto della congiunzione reale e della congiunzione verbale; nel quinto, se il dritto di accrescere à luogo nel dritto di usufrutto, in quello di uso e di alimenti.

I.

Origine e fondamento del dritto di accrescere.

I. Il dritto di accrescere, quello cioè, che à ciascuno di due eredi di una medesima successione, o di due legatari di una medesima cosa, di prendersi la porzione dell'altro per essersi la disposizione in costui vantaggio renduta caduca, ripete la sua origine nel antichissimo dritto romano, come à dimostrato dottamente Cujacio, *recit. solemnes*, in lib. 6 Cod., tit. 10. Nelle successioni intestate, nelle eredità testamentarie e ne'legati riconoscevasi il dritto di accrescere, ma il fondamento di questo dritto poggiava su principi diversi, secondo che trattavasi di successioni legittime, d'istituzione di erede, di legati.

Nelle successioni *ab intestato* il dritto di accrescere era fondato *in juris necessitate*, e la l. 9, ff. *de suis et legittimis hered.* parla espressamente del dritto di accrescere nelle successioni legittime: *si ex pluribus heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint ACCRESCIT illorum portio*. Sarebbe stato contro la natura delle cose che il defunto non fosse stato rappresentato integralmente da qualcheduno; o in altri termini, che la successione fosse stata in parte accettata ed in parte vacante. Cujacio sulla l. 89, ff. *de legati* 3.°, o *recit. solem.* in l. 6, Cod., tit. 10.

Nelle successioni testamentarie, ossia nelle istituzioni di erede, il fondamento del dritto di accrescere era una conseguenza di quel canone fondamentale di dritto, che *nemo paganus potest decedere partim testatus et partim intestatus*, l. 7, ff. *de reg. juris*. La legge considerava come cosa contraddittoria, che l'erede testamentario potesse concorrere coll'erede del sangue, e per conseguente il dritto di accrescere si operava, come dice la l. 13, § 2, ff. *de heredibus instituendis*, *ex potestate juris*; così che l'erede istituito doveva suo malgrado raccogliere per dritto di accrescere la quota del coerede istituito, e lo stesso testatore non poteva mettere alcun ostacolo per la esecuzione di questo dritto. Taluni giureconsulti stimarono che nelle eredità testamentarie il dritto di accrescere ripetesse la sua origine dalla legge Papia emanata sotto l'imperadore Augusto; ma Cujacio nel luogo citato à dimostrato, che la legge *Papia* abolì il dritto di accrescere per ragioni fiscali, perciocchè stabilito avea, che la porzione caduca al fisco si devolvesse. In processo di tempo la legge Papia cominciò a cadere in dis uso, ed in questa materia rimase senza effetto per opera di Giustiniano con la l. unic. Cod. *de caducis tollendis*.

Ne'legati il dritto di accrescere avea per fondamento la presunta volontà del testatore, il quale riputavasi di volere che il dritto di accrescere avesse luogo, avendo nel testamento adoperato termini da'quali tale intenzione si potesse raccogliere; ed all'uopo distinguevansi tre maniere, onde i legatari di una medesima cosa reputavansi congiunti in un testamento: *triplici modo conjunctio intelligitur. Aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum*, l. 142, ff. *de verb. signif.*

Si raccoglie dal fin qui detto, che nelle successioni intestate, il fondamento del dritto di accrescere era il dritto naturale, e nelle successioni testamentarie e ne'legati, il dritto positivo. Da ciò nasce, che mentre nelle successioni intestate le controversie sul dritto di accrescere non erano molto imbarazzanti, nelle istituzioni di eredi e ne'legati la teorica del dritto di accrescere era oscurissima, e per tale fu reputata dallo stesso gran Cujacio; e l'acutissimo Vinnio *Institut.* § 8, tit. *de legatis* non ebbe difficoltà di dire del dritto di accrescere, *nulla in toto jure nostro creditur esse vel subtilior, vel perplexior*. E ne'monumenti dell'antica nostra giurisprudenza si trovano in siffatta materia discussioni sottili de' forensi, e decisioni in diverso senso profferite, massime sul dritto di accrescere nelle successioni deferite secondo il dritto consuetudinario napoletano; de Franchis, dec. 49 e 554.

II. La legislazione vigente riconosce il dritto di accrescere nelle successioni legittime e ne'legati. Fermiamoci alquanto ad esaminarne il fondamento.

Nelle successioni legittime il dritto di accrescere è fondato, come per dritto romano, *in juris necessitate*. La legge chiama i parenti del sangue a rappresentare il defunto in tutta l'eredità, e se uno de'coeredi chiamato per ordine di successione in concorrenza con altri, non vuole o non può accettare, i coeredi accettanti trovansi nella necessità di raccogliere per dritto di accrescere la sua quota, non potendo la successione trovarsi in parte accettata ed in parte vacante. Il dritto di accrescere quindi nelle successioni intestate si

da una sola e medesima disposizione, e quando il testatore non abbia asse-

esercita secondo le regole che stabiliscono l'ordine generale delle successioni; val dire che i successibili sono chiamati a parteciparvi, o per capi, o per istirpe, secondo che la successione dev'esser divisa nell'uno o nell'altro modo. Così nella successione discendentale, supponendo che un padre abbia lasciato superstiti quattro figli, uno de' quali rinunzia o si trova incapace, la sua porzione si accrescerà alla massa generale, o ne profitteranno tutti i suoi fratelli, art. 723. Ma se il defunto lascia figli in primo grado e nipoti *ex filio*, il dritto di accrescere si eserciterà tra loro per istipite e non per capi; così che mancando un figlio in primo grado, i nipoti *ex filio* del defunto non parteciperanno che per un capo alla divisione della quota vacante; e reciprocamente, se uno de' nipoti *ex filio* viene a ripudiare, la sua porzione non si accrescerà a vantaggio della massa, ma unicamente a vantaggio de' suoi fratelli e sorelle, che sono specialmente congiunti tra loro, che formano un solo e medesimo stipite. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 556 a 558.

Nelle successioni testamentarie, la legge riconosce il dritto di accrescere tra i legatarî, quantunque il canone dell'antica legislazione che *nemo potest decedere partim testatus et partim intestatus* non è ammesso dalla nuova (v. t. 1, nota 1, pag. 367). Che bisogna dunque dire del fondamento del dritto di accrescere? Domat, p. 2. lib. 3, tit. 1, sez. 9 à fatto una dotta dissertazione sul dritto *di accrescere*, ove à impreso a dimostrare, che nello successioni testate, massime quando la legislazione riconosce di potersi morire *partim testatus et partim intestatus*, il dritto di accrescere non dovrebb'essere ammessa, perchè contrario alla ragion naturale ed alle regole del dritto. Il dritto dell'erede legittimo alla porzione vacante è, secondo Domat, giustificato, da che non avendo il testatore voluto dare a ciascuno degli eredi chiamati col testamento, se non una porzione dell'eredità, ognuno dovrebbe limitarsi a ricevere la sua, e che quella dell'erede testamentario incapace o rinunziante, dovrebbe cedere a beneficio dell'erede legittimo, al quale spetta tutto, se niuno degli eredi testamentarii succedesse. Che se, continua Domat, si fa dipendere il dritto di accrescere dalla volontà del testatore, si può dire che la volontà del testatore, quando non à espressamente voluto il dritto di accrescere, si presume che all'erede legittimo andasse la quota del legatario che non vuole o non può accettare.—Ma, per quanto è grave l'autorità di Domat, si può rispondere che il dritto di accrescere ne' legati è consono alla ragion naturale, quando dalle parole del testamento risulti che il testatore abbia avuta la volontà di far raccogliere al collegatario, la quota del rinunziante o del incapace. Imperciocchè, se Domat conviene, che avendo il testatore espressamente ordinato il dritto di accrescere tra collegatarî, la sua volontà dove rispettarsi, perchè poi la legge non dovea presumere che questa volontà tacitamente trovasi manifestata dal modo con cui la disposizione a favore di più legatarî è stata concepita? Il dritto di accrescere ne' legati è fondato su di una certa solidalità ch'esiste tra i legatarî, secondo i termini del testamento: *qui in solidum habuerunt*, dice la l. 3, ff. *de usuf. accres.* È la chiamata solidale di più legatarî nella medesima cosa, che serve di fondamento al dritto di accrescere: *utraque concurrente* (dice Cujacio, in lib. 23, ff. tit. de *legatis 1°*, § 7), *id est*, *utroque amplectente legatum*, *rem inter se patiuntur ex aequo*, *id est*, *concursu partes fiunt. Unde fit*, *ut altero non concurrente*, *alter solidum habeat*, *quod et ab initio habuit*, *id est*, *ut pars non concurrentis alteri accrescat.*—« Il dritto di accrescere, diceva Ricard, (*donat.*, p. 3, n. 445) può avere il suo effetto solo quando una medesima cosa sia stata legata a due o più persone indivisa, e solidalmente; ed il partaggio o la divisione si faccia per effetto del concorso de' collegatarî; ossia perchè essi prendono una porzione nella cosa legata; in guisa che, se essi concorrono tutti (poichè per tal concorso cessa la solidalità e si esegue la divisione) il dritto di accrescere non à luogo; ma se alcuno de' collegatarî non prenda la sua porzione, non si fa il partaggio, e tutto l'oggetto legato rimane a coloro che raccolgono il legato; e ciò costituisce quel che chiamiamo il dritto di accrescere ».

Questi sono i principî su cui è stabilito il dritto di accrescere tra i collegatarî. Le leggi antiche, come abbiam detto, formavano in siffatta materia il tormento degli scrittori, perchè presentavano le più grandi difficoltà. Gli autori del codice civile àn procurato di semplicizzare il sistema del dritto di accrescere, profittando de' lumi di que' dottori che lo aveano spianato; e noi per comprendere lo spirito degli art. 999 e 1000, tratteremo simultaneamente le antiche teoriche, per comprendere la progressione storica e filosofica del dritto di accrescere.

II.

Delle cause per le quali si dà luogo al dritto di accrescere, e quistioni che ne derivano.

I. Nelle sole disposizioni di ultima volontà si riconosce il dritto di accrescere. Abbiamo di già nel § precedente esposto, che nelle successioni intestate à luogo e per qual ragione il

gnalo la parte di ciascun coerede o collegatario nella eredità o nella cosa

---

dritto di accrescere. Ha luogo altresì ne'legati, quando la stessa cosa è legata a più persone congiuntamente. Vedremo ne'tre § seguenti, che le leggi romane distinguevano, in siffatta materia, tre specie di congiunzioni, ed esamineremo altresì quali di esse oggidì danno luogo al dritto di accrescere. Qui ci limiteremo ad enunciare in complesso le cause per le quali si verifica il dritto di accrescere, e le principali quistioni che ne derivano.

Ha luogo il dritto di accrescere, ogni qual volta la disposizione testamentaria è *caduca* riguardo ad uno de'legatari congiunti nel senso degli art. 999 e 1000. Nella nota 1, pag. 137, abbiamo enumerati i casi di caducità di una disposizione testamentaria.

II. Le principali quistioni che possono presentarsi in conseguenza delle cause per le quali si apre il dritto di accrescere, sono le seguenti.

Primo.—La indegnità di uno de'collegatari congiunti dà luogo al dritto di accrescere? Potrebbe dirsi per la negativa, che se la caducità della disposizione testamentaria apre il dritto di accrescere, la legge non ha annoverato fra le cause di *caducità*, la indegnità del legatario, la cui porzione non è stata mai caduca; e d'altronde gli effetti dell' indegnità non sono operati di pieno dritto. Molti antichi autori, ed oggi Toullier, t. 5, n. 698 ànno insegnato questa dottrina; ma Domat, p. 2, lib. 3, tit. 1, sez. 9, n. 1, seguito da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 255, e da Proudhon *de l'usufruit*, n. 688 a 690 non ànno esitato a professare la dottrina contraria, perciocchè il legatario ch'è decaduto dal suo dritto, non è stato chiamato dal testatore che sotto la condizione tacita di non rendersi colpevole d'indegnità, e dal momento che à mancato a questa condizione, egli trovasi non altro che un detentore illegale, che non può cangiare i dritti delle parti interessate. Poco importa inoltre, che gli effetti dell'indegnità non sieno operati di pieno dritto (t. 2, nota 3, p. 257), perciocchè quelli del giudicato che la dichiara si riferiscono al principio dell'accettazione, e che *nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmatur*, l. 112, ff. *de reg. juris*.

Secondo.—La incapacità *relativa* di uno de'collegatari dà luogo al dritto di accrescere? Per esempio, un testatore lascia un figlio naturale legalmente riconosciuto, cui avea donato con atto tra vivi una somma corrispondente a'suoi dritti di successione; lascia altresì un fratello germano. Instituisce erede un estraneo, e lega congiuntamente un fondo a Tizio ed al figlio naturale. La porzione del legato fatto al figlio naturale incapace a raccoglierla si accrescerà al collegatario del fondo, o pure cederà a favore dell'erede del sangue? Il sig. Proudhon, n. 692 a 696 si pronunzia a favore dell'erede del sangue per i seguenti motivi: 1.° La incapacità relativa è nell'interesse degli eredi della legge, i quali ànno il dritto di far ridurre le disposizioni fatte a favore de'figli naturali, perciocchè l'eccesso della disposizione è una riserva legale a loro favore. Or gli eredi legittimi ànno il dritto d'impedire che indirettamente pervenisse al figlio naturale più di quello che la legge gli permette di ricevere, art. 827, e gli eredi del sangue sarebbero senza garantia, se fosse permesso al testatore di far pervenire indirettamente al figlio naturale più di quello che la legge permette di donare direttamente; 2.° Il collegatario non potrebbe domandare la quota del figlio naturale incapace, per due ragioni. La prima si è, che la condizione di coloro a profitto de'quali la riserva legale è stata stabilita dirimpetto a'figli naturali, è estranea al collegatario. La seconda è, che la vocazione *in solidum* per effetto della quale il collegatario vorrebbe profittare della porzione caduca, non è nella specie applicabile, perciocchè non sarebbe che il mezzo per frodare la legge: questo collegatario non è che una persona interposta, e come ministro della frode, non deve profittare della caducità. Invano si direbbe, continua Proudhon, che il testatore poteva dare all'estraneo tutt'i suoi beni in esclusione del parente; perciocchè gli si risponderebbe con la massima, *potuit quod non fecit, sed fecit quod non potuit;* val dire, si deve stabilire in quanto al dritto delle parti, non sul merito di ciò che il testatore poteva fare, ma su ciò che à realmente fatto; e che se poteva fare una disposizione valida, agendo diversamente, non segue di doversi eseguire la disposizione che à fatta, quando è nulla.

Per quanto fosse grave l'autorità del sig. Proudhon, noi non possiamo essere della sua opinione nella proposta quistione. Non disconveniamo che la incapacità relativa è nell'interesse degli eredi legittimi (v. nel t. 1., nota alla pag. 375, § II, n.° 13), ma da questo principio altro non si può dedurre, che gli estranei non posson opporre la incapacità; così che istituito erede nell'universalità de'beni un figlio naturale, i parenti legittimi del testatore possono far ridurre la disposizione; ma istituito erede il figlio naturale congiuntamente con un estraneo, questi, nel silenzio de'parenti legittimi, non può domandare la riduzione della disposizione fatta a favore del figlio naturale, perciocchè la incapacità è relativa, ossia nell'interesse de'parenti legittimi. Quindi, la incapacità relativa del collegatario non si può opporre dal collegatario estraneo, e fin qui bisogna convenire con Prou-

legata.

---

dhon. Ma opposta la incapacità da coloro nel cui interesse è stata pronunziata, la quota dell' incapace deve per dritto di accrescere profittare al collegatario congiunto per le seguenti ragioni: 1.° Gli eredi legittimi non ànno alcun titolo che venga loro dalla legge o dalla volontà del testatore per raccogliere la quota dell'incapace. Non l'ànno dalla legge, perciocchè la successione testamentaria è preferita alla legittima, e se la legge accorda a' parenti del sangue il dritto di domandare la caducità o la riduzione delle disposizione fatta a favore dell'incapace, l'è per impedire che l'incapace raccogliesse più di quello che può ricevere; ma quando l'incapace trovasi solidalmente congiunto con un altro collegatario, è il testatore che à destinato chi deve raccogliere la quota dell'incapace; 2.° Non ànno per loro gli eredi del sangue la volontà dell'uomo, poichè la volontà dell'uomo è stata quello di escluderli interamente da ogni dritto di successione, ed il dritto di accrescere è fondato appunto sulla presunzione, che il testatore destinando congiuntamente più legatori, à voluto che uno raccogliesse tutto in mancanza dell'altro; 3.° Non sembra esatta l'obieziona, che il collegatario di una persona incapace *relativamente* deve riputarsi persona interposta, perciocchè si repata una persona interposta, quando il vantaggio cade realmente sulla persona incapace: or come può dirsi interposta persona il collegatario, che lungi dal volere che il collegatario incapace raccogliesse la sua porzione, chiede che questa a lui deve deferirsi per dritto di accrescere? 4.° Si oppone inoltre contro il dritto di accrescere, che il collegatario non deve profittare dell'incapacità esclusivamente stabilita nell'interesse degli eredi legittimi. Alla quale obieziono si può rispondere con una distinzione: il collegatario non può profittare della incapacità relativa del collegatario, nel senso che non potrebbe impedire al collegatario di ricevere la sua porziane, nel silenzio dei parenti del sangue: ma opponendo costoro la incapacità, chi bisogna preferire; il collegatario che à in suo favore la volontà del testatore manifestata mediante la congiunzione, o pure gli eredi legittimi, che altro dritto non ànno che d'impedire all'incapace che raccogliesse il legato? Gli eredi legittimi possono elevare la loro voce, quando il legato a favore dell'incapace ricaderebbe a loro vantaggio, non essendo col testamento chiamato un altro in luogo dell'incapace; e non già quando il collegatario è tacitamente chiamato in luogo dell'incapace per effetto della congiunzione; 5.° Proudhon estende il suo sistema anche al legato di usufrutto, val dire che se è usufruttuario l'incapace relativo, la caducità del legato profitterebbe, secondo lui, non al legatario della proprietà, ma all'erede della legge. E secondo questo sistema l'usufrutto dovrebbe estinguersi nel rigore de'principî colla morte dell'erede della legge, ciò ch'è contro la volontà del testatore. Proudhon, n. 697, prevedendo la forza di questa obieziono, è forzato di dire che l'erede della legge diviena usufruttuario in titolo, per godere durante la sua vita, ma come *surrogato* al godimento che il testatore avea voluto lasciare all'incapace, e pel tempo della vita di costui; come sarebbe un acquirente di un dritto di usufrutto stabilito sul capo di un altro. Ma chi non vede che questa teorica è puramente arbitraria, non derivando da alcuna disposiziono di legge? La *surrogazione* legale da quale disposiziono si fa derivare? Il paragone, nel proposto caso, tra l'erede della legge coll'acquirente di un dritto di usufrutto, non regge, poichè non si può ritenere contemporaneamente l'incapace abile a rappresentare il dritto che si estingue colla sua morte, dritto ch'è caduco per la sua incapacità; non si comprende come l'erede legittimo può esser surrogato nel godimento del dritto di colui, il cui dritto è caduco, ossia, come si possa esser surrogato in un dritto che il surrogante non à.

Per evitare adunque tanti inconvenienti, che sembra presentare il sistema di Proudhon, a noi pare di doversi stabilire in massima: 1.° Che quando la incapacità relativa non viene opposta da coloro nel cui interesse è stabilita, il collegatario dell'incapace non può avvalersi della incapacità; 2.° Che opposta la incapacità da chi ne abbia il dritto, la quota dell' incapace si devolve per dritto di accrescere al collegatario congiunto.

Terzo.—Se uno de'legatari è restituito in intero contro l'accettazione, il dritto di accrescere à luogo di pieno dritto, o pure il collegatario può rifiutare la quota di colui che avendo prima accettato, si è poscia fatto restituire in intero? Proudhon, n. 687, sostiene, che la restituzione rimettendo le cose nello stato in cui erano prima dell'accettaziono, la quota del restituito deve accrescersi al collegatario, *quia retro adcrevisse dominium ei videretur*, l. 35, ff. *ad legem aquiliam*. Noi osserviamo di doversi ammettere la distinzione, che abbiamo stabilita nel t. primo, pag. 292, n. IV, parlando della restituzione in intero contro l'accettazione di una eredità.

Quarto.—Allorchè un collegatario à ceduto, venduto o donato il suo dritto ad un terzo, se l'altro collegatario è incapace o rinunzia il legato, il dritto di accrescere deve aver luogo a vantaggio del cessionario, o del cedente? Controvertita questa quistione sotto l'impero dell'antica giurisprudenza, si è riprodotta sotto l'impero del codice, e Proudhon, n,

1000. Si reputa anche fatto congiuntamente il legato, quando una cosa

568 a 570 si pronunzia a favore del cessionario, pel motivo che la vendita de'dritti creditari importa, per sua natura, tutti gli accessori dipendenti dalla cosa venduta, art. 1461, ed il dritto di accrescere fa parte della cosa che l'acquirente à acquistato. A noi pare erronea questa dottrina, e basta rimettersi a ciò che à egregiamente scritto Pothier, *de la vente*, n. 545 (*).

(*) Ecco come Pothier riassume la controversia, analizzando altresì i ragionamenti delle due opinioni contrarie.

« Questa quistione, egli dice, è molto controvertita tra i dottori: Bartolo, ad l. *re conjuncti;* Duareno tract. *de jure accrescendi*, 16, 6, ed altri dottori, sono pel cessionario. Le loro ragioni sono:

» 1.° Che colui che vende una cosa, vende tutto ciò che ne fa parte, e che ne è una dipendenza essenziale e naturale. Or, allorchè io accetto una successione che mi è devoluta in parte, il dritto successorio che io acquisto per la mia accettazione, raffirma il dritto di avere per accrescimento la porzione del mio coerede, nel caso che rifiuti la successione. Questo dritto di accrescere fa parte del mio dritto successorio; ne è una dipendenza essenziale ed inseparabile; deve dunque riputarsi compreso nella vendita che io ho fatto del mio dritto successorio.

» Evvi tanto più di ragione di decidere così, che la porzione del mio coerede, che mi accresce per la sua rinuncia, si reputa da me acquistata non solamente dal giorno di questa rinuncia, ma dall'istante della morte del defunto, che al momento di questa rinuncia è reputato di avermi impossessato solo della totalità della successione. E perciò, che questa parte che mi accresce per la rinuncia del mio coerede, mi apparteneva di già al tempo della vendita che io ho fatto del mio dritto successorio; non si può dunque dubitare che dessa non ne faccia parte, e che non sia per conseguenza compresa nella vendita che io ne ho fatta.

» 2.° È un principio stabilito al § 3, *supra*, che colui che à venduto il suo dritto successorio è tenuto di far ragione all'acquirente di tutto ciò che gli perviene in seguito in virtù del dritto successorio che à venduto: non *solum quod jam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit restituendum est;* l. 2, § 4, ff. *de haered. vend.* Or è in virtù del dritto successorio che io ò venduto, che la parte del mio coerede che rinuncia, mi perviene per dritto di accrescere: l'acquirente à dunque ben fondato a domandare che io gliene faccia ragione.

» È similmente un principio stabilito nel § 4, che chi à venduto il suo dritto in una successione, dev'essere rimborsato dall'acquirente generalmente di ciò che in seguito potrebb'essere obbligato a pagare per questa successione: *si venditor quoque nomine obligatus sit propter haereditatem, agere potest cum emptore;* l. 2, § 20, ff. *de hered. vend.* Dunque, allorchè io ho venduto il mio dritto successorio, sono ben fondato a domandare che il compratore mi rimborsi de'debiti della successione, non solamente per la parte che mi era stata di già deferita, ma anche per la parte che mi è accresciuta per la rinuncia del mio coerede, offrendo all'acquirente di rilasciargli tutto ciò che mi è pervenuto da parte di costui.

» 3.° È un principio che nelle successioni e ne' legati di proprietà di una cosa, la porzione del coerede o del collegatario che rinuncia, si accresce alla parte di colui che à accettato, piuttosto che alla sua persona, a differenza de' legati di usufrutto ne' quali l'accrescimento si fa alla persona del legatario: *portio fundi (legati) velut alluvio portioni, personae fructus accrescit*, l. 33, ff. *de usufructu*. Dunque, allorchè io ò venduto il mio dritto successorio, l'accrescimento della parte del mio coerede che rinuncia, deve farsi al compratore presso il quale si trova la porzione cui questa parte deve accrescere. Questo argomento è sembrato a Duareno una dimostrazione contro la quale, secondo lui, niente si può opporre di ragionevole. In vano, egli dice, si opporrebbe che colui che à venduto il suo dritto successorio, rimane tuttavia l'erede; ch'è riputato tuttora di conservare la porzione ereditaria che à venduta, poichè ne à il prezzo che gli è stato pagato dal compratore; che questo prezzo rappresenta talmente la cosa, che si dice nella l. 4, § *fin. si quis omissa caus.: si quis vendiderit haereditatem, utique possidere videtur:* perchè il giureconsulto avendo paragonato questo accrescimento all'accrescimento naturale di una alluvione, fa assai conoscere che questo accrescimento deve farsi, non al venditore, presso il quale la porzione cui la parte del rinunciante deve accrescere, è reputato essere, *fictione quadam et interpretatione juris*, ma è l'acquirente presso il quale si trova realmente ed effettivamente questa porzione. Non si disputerebbe ad un acquirente de'dritti successori, l'accrescimento naturale che si farebbe per alluvione ad un fondo della successione; non si deve più disputargli l'accrescimento della parte del rinunziante, poichè il giureconsulto dice che questi accrescimenti ànno il medesimo effetto.

» Per confermare vie maggiormente il suo principio, che non è colui che conserva il titolo di erede, ma è colui al quale i dritti successori di questa eredità sono effettivamente passati, che deve accrescere la porzione del coerede rinunziante, Duareno riferisce l'esempio di un erede ch'è stato costretto dal Pretore di accettare una successione a richio di un fedecommessario, verso cui era gravato di restituire la porzione per la quale era stato istituito. La l. 43, ff. *ad Trebell.* suppone come un dritto costante, che la porzione di un coerede rinunciante accresce al fedecommessario. Egli allega altresì quello di un erede di cui i dritti successori sono stati confiscati a causa della sua indegnità: non à lui che conserva il titolo di erede, ma al fisco che accresce la parte del suo coerede il quale rinuncia la successione; l. 83, ff. *de acq. hered.*

» L'opinione contraria è stata abbracciata da Cujacio, *obs.* XII, cap. 13, e seguita da molti altri dottori citati da Fachin. *controv.* V. 102. La ragione principale su cui dessa è fondata, è, che ogni pruzo, ogni convenzione non comprende che le cose che le parti contraenti hanno avuto in veduta, e delle quali è verosimile che abbiano avuto intenzione di trattare; l. 9, § 2, ff. *de transact. et passim.* Or, allorchè un erede parziario vende a qualcuno i suoi dritti di successione prima che il suo coerede abbia preso qualità, è verosimile che le parti contraenti non intesero trattare che della porzione che il venditore sembrava avere allora nella successione. Ciò sembrerà soprattutto, quando il contratto por-

la quale non è divisibile senza deterioramento, sia stata collo stesso atto le-

---

III.

Della congiunzione mista.

Il fondamento del dritto di accrescere, l'abbiamo di già detto, è la chiamata solidaria di ciascuno de'legatari per raccogliere il tutto, laddove il collegatario che avea un egual dritto a concorrere non si presenta. E Cujacio (in lib. 23, ff. tit. *de leg. 1.°* § 7) perciò definisce sapientemente il dritto di accrescere: *retentio solidi legati: haec est vera definitio.*

» ta che questo erede vende *la sua parte* nella successione di un tale; poichè questi termini, *la sua parte*, fanno abbastanza conoscere che le parti non ànno inteso trattare che di una *parte*, cioè di quella che il venditore aveva pel suo capo nella successione, e che esse non ànno inteso punto trattare del totale della successione, quantunque possa avvenire che per la rinuncia del suo coerede, il totale della successione appartenga in seguito al venditore.

» Quando anche non si fossero le parti servite nel contratto di vendita, del termine *di parte*, e che si fosse detto in termini generali, che questo erede ha venduto *i suoi dritti nella successione di un tale*, anche in questo è verosimile che le parti non ànno trattato che della parte che l'erede sembrava avere nella successione, nell'atto del contratto di vendita che à fatto de'dritti successori, e non di quella ch'è accresciuta per la rinuncia del suo coerede; poichè le parti non avendo potuto indovinare, nel tempo del contratto, che il coerede rinuncierebbe in seguito alla successione, non essendosi punto considerata questa rinuncia, e non essendosi punto preveduta, ne segue che desse non ànno trattato che della parte che allora avea l'erede che vendette i suoi dritti successori, e non di quella che gli è devenuta dopo per la rinuncia del suo coerede: *neque enim pacto continetur id de quo cogitatum non est;* detta l. 9, § ult.

» Riguardo a' motivi allegati per la prima opinione, *si* risponde al primo dicendo: in accordo che la rinuncia del mio coerede à un effetto retroattivo; che io sono reputato di essere stato impossessato, dal momento della morte del defunto, della parte che mi è accresciuta per la sua rinuncia; che per conseguenza dessa faceva parte del mio dritto successorio al tempo del contratto di vendita che io ne ò fatta: ma non segue perciò che io ò venduto questa porzione; perchè essa faceva parte del mio dritto successorio, senza che io lo sapessi allora; ed io non ò voluto vendere che ciò che io sapeva avere, e non ciò che io aveva senza sapere.

» Si risponde al secondo motivo, che la legge opposta che dice, *quod quandoque pervenerit restituendum est*, s'intende *de eo quod pervenerit ex ea haereditatis parte quae venit*. Similmente quella che dice, che l'acquirente de'dritti successori deve indennizzare il venditore, *si quoque nomine obligatus sit propter hereditatem*, s'intende, *propter eam haereditatis partem quae vaenit*.

» Si risponde al terzo motivo, che quando alcuno vende il suo dritto successorio, o la sua parte in una successione, è meno il dritto stesso, che l'emolumento ch'è provenuto e che proverrà in seguito di questo dritto, ch'egli vende, col peso per l'acquirente d'indennizzarlo de'pesi: perchè questo dritto successorio essendo attaccato alla persona dell'erede, ed essendone talmente inseparabile, che non ostante la vendita ch'egli ne faccia, rimane sempre erede, ed in questa qualità, obbligato verso i creditori della successione, ne segue che il dritto in sè stesso non può passare all'acquirente. Donde consegue similmente che, seguendo la massima, *portio repudiantis portioni accrescit*, l'accrescimento della porzione del coerede rinunciante deve farsi all'erede venditore, presso il quale, non ostante la vendita, è sempre rimasta la sua porzione nella successione, cui la porzione del rinunciante deve accrescere, e non all'acquirente che questa parte non à.

» In quanto alla obiezione che si trae dalla comparazione che è nella l. 33, *de usufr.*, *si* risponde che i paragoni, soprattutto in dritto, non sono ordinariamente adeguati. Il giureconsulto à voluto rimarcare una differenza tra l'accrescimento che avea luogo tra coeredi e i collegatari in proprietà, e tra i collegatari in usufrutto. Questo si fa *personae*: quantunque un legatario abbia perduto la sua porzione nell'usufrutto legato, non lascia di essere ammesso all'accrescimento delle porzioni che vengono a mancare in seguito, perchè questo accrescimento si fa *personae;* mentre che tra coeredi e collegatari in proprietà, l'accrescimento si fa *rei*. Ciò è perchè se, dopo che io ò rinunciato ad una successione, uno de' miei coeredi vi rinuncia, la sua porzione non accrescerà che a coloro de' miei coeredi che l'ànno accettata: essa non accrescerà a me che ò ripudiato la mia, perchè l'accrescimento si fa *rei*, nello stesso modo dell'accrescimento che si fa per un'alluvione: su ciò è che cade la comparazione. Ma questi sono ol più degli accrescimenti di una natura differente. L'accrescimento di un'alluvione è un accrescimento fisico, che non può farsi che ad un corpo reale, ma l'accrescimento della porzione di un coerede che rinuncia, è un accrescimento civile e morale, che si fa ad un essere civile e morale, tal che è la mia porzione nella successione ch'è riputata rimanermi, non ostante la vendita che io abbia fatto del mio dritto.

» In quanto alla obiezione tratta dalla legge 43, ff. *ad Trebell.*, Cujacio risponde, che se l'erede ch'è stato costretto dal Pretore di accettare la successione per la parte nella quale è stato istituito a rischio del fedecommessario, al quale è gravato di restituirla, è privato della porzione che accresce per la rinuncia, ciò è per un dritto particolare fondato su ciò, che avendo perduto l'onore che il defunto gli avea fatto d'instituirlo erede, non deve niente ritenere di questa successione, e deve tutta restituire al fedecommessario. Ma questa decisione non dev'essere tratta a conseguenza; e Cujacio sostiene che se l'erede avesse accettato volontariamente, e restituito, *ex Trebell. senatus-consulto*, la parte nella quale è stato instituito, e ch'era gravato di restituire, ne sarebbe altrimenti.

» Cujacio risponde anche all'obiezione tratta dall'erede indegno, ch'è per una ragione particolare derivante dall'indegnità di questo erede, che non gode del dritto di accrescere.

gata a più persone anche separatamente.

Questa vocazione solidaria si conosce dalla maniera con cui la disposizione è stata congiuntamente fatta a profitto di tutti dal testatore; o in altri termini, è la *congiunzione* che dà luogo al dritto di accrescere. Ed in dritto si chiamano *congiunti* coloro che dal testatore sono chiamati alla stessa cosa, cioè alla eredità e al legato. Diciamo *alla stessa cosa*, poichè non sono congiunti coloro a quali si legano congiuntamente delle cose diverse, l. 84, § 12, ff. *de legatis 1.°* Ed all'effetto il dritto romano distingueva tre specie di congiunzioni: quella che si faceva *re et verbis;* quella che si faceva solamente *re;* e quella che si faceva *verbis tantum*; l. 142, ff. *de v. s.* In questo § discorreremo della congiunziono mista, cioè *re et verbis*, ciò che formerà il comentario dell'art. 999.

La congiunzione mista, ossia *re et verbis*, è quella ch'esiste tra due o più legatari che sono chiamati con una sola e medesima disposizione, e senza designazione di parti, a raccogliere la medesima cosa egualmente legata a tutti. Così dicendo il testatore: *io lego la mia casa a Pietro ed a Paolo*, è averli chiamati solidariamente al legato della casa; di modo che, accettando amendue il legato dopo la morte del testatore, si divide in eguali porzioni, *concursu fiunt partes;* un mancando uno di essi, la sua porzione si accresce all'altro: *conjunctim autem legatur veluti si quis dicat, Titio et Seio hominem do, lego;* § 8. Inst. *de legatis*. Cujacio, *ad legem*. 16, ff. *de legatis 1.°;* Voet, *ad pandectas,* lib. 30, tit. unic., n. 60; Proudhon, n. 622.

Tre condizioni adunque sono richieste per la formazione della congiunzione mista: 1.° Che la vocazione simultanea de'legatari risulti da una disposizione testamentaria; 2.° Che vi sia una sola e medesima disposizione per tutt'i legatari, e se fosse altrimenti, non vi sarebbe congiunzione mista, ma reale; 3.° Che il testatore non abbia assegnato le porzioni de' legatari, diversamente sarebbe il caso della congiunziono *verbale*. Per il che la congiunziono *re et verbis* è chiamasi *mista*, per la ragione che ne'legati concepiti sotto questa forma, sono i legatari simultaneamente congiunti per le parole e per la cosa. Sono congiunti per le parole, poichè non vi à per l'uno come per l'altro, che una sola e medesima frase, una sola e medesima clausola, una sola e medesima disposizione nel testamento. Sono congiunti per la cosa, poichè tutti due sono legatari della medesima cosa, e ciascuno è considerato come donatario del tutto, è presunto chiamato pel tutto; e la legge fonda questa presunzione su ciò, che il testatore non avendo designato la porzione di ciascun legatario, ed avendo evitato di parlare di alcuna divisione a fare tra loro, non à punto assegnato de'limiti alla loro vocazione: *Conjuncti quidem propter unitatem sermonis, quasi in unum corpus redacti sunt, et partem conjunctorum quasi suam occupant*, l. unic. § 10, C. *de caduc. tollend*. Proudhon, n. 628.

Son questi i principi stabiliti dal dritto romano in quanto al dritto di accrescere per effetto della congiunzione mista, e su questi principi è fondata la disposizione dell'art. 999 in esame.

Ma questi principi, così chiari in teoria, non lasciano di presentare nella pratica delle serie difficoltà. Fermiamoci alquanto alla disamina delle principali difficoltà.

1.° Il dritto di accrescere trova ostacolo nella sostituzione volgare: Per esempio, dicendo il testatore, *lego la mia casa a Tizio ed a Cajo: in mancanza di Tizio, sostituisco Mevio;* è chiaro nel proposto esempio, che Tizio non potendo o non volendo accettare il legato, non si dà luogo al dritto di accrescere, ma Mevio entra nel luogo di Tizio. Il dritto di accrescere, dice Pothier, *testam.*, c. 6, sez. 5, § 3, à luogo quando il collegatario che non raccoglie il legato, non abbia il sostituito; perciocchè se il testatore gli avea sostituita un altra persona, questo sostituito, in sua mancanza, à tutt'i suoi medesimi dritti; ciò è perchè è deciso in dritto, che il dritto del sostituito vince quello di accrescere; l. 2, § 8, ff. *de bonor. poss. secundum tabulas:* Proudhon, n. 566; Merlin, rep. v. *accroissement (droit)*, n. 2. Vedi la nota 1, p. 74.

2.° La congiunzione mista può esistere tra i legatari universali, tra i legatari a titolo universale, o tra que'a titolo singolare. Proudhon, n. 636.

3.° Abbiamo detto, che le condizioni richieste per esservi a' termini dell'art. 999 congiunzione mista, e quindi darsi luogo al dritto di accrescere sono, che la medesima cosa o più cose sieno legate a più persone con una sola disposizione; *e quando il testatore non abbia assegnato la parte di ciascun coerede o collegatario nella eredità o nella cosa legata*. Qual è il senso preciso di queste parole del nostro articolo, *quando il testatore non abbia assegnato la parte di ciascun collegatario?* O in altri termini, l'assegnazione di parti non fatta nella disposizione, ma soltanto nella clausola relativa alla esecuzione, esclude il dritto di accrescere? Per esempio, se il testatore dicesse: *lego il tal fondo a Tizio ed a Cajo in porzioni eguali;* è chiaro che il testatore à fatto l'assegnazione di parti nella disposizione, e quindi senza quistione non à luogo il dritto di accrescere. Per l'opposto, se si

dicesse nel testamento : *Istituisco Tizio e Cajo miei legatari universali, per godere e disporre dell'eredità in parti eguali*, in questa ipotesi Toullier, t. 5, n. 691 e 692 ammettendo la distinzione tra l'assegnazione nella *disposizione* e nella *esecuzione*, sostiene che l'assegnazione essendo nella esecuzione non impedisce il dritto di accrescere (*). Grenier, n. 350, e Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 258, sono di avviso che l'assegnazione di parti deve sempre impedire il dritto di accrescere, e che la distinzione se essa sia nella disposizione o nella esecuzione, è arbitraria. Finalmente riesaminata la quistione da Proudhon e da Merlin, il primo imprende a fare una severa censura dell'opinione del Toullier. confutando altresì l'arresto da costui invocato e profferito dalla Cassazione di Parigi nel 18 ottobre 1808. Per lo contrario Merlin sostiene l'opinione di Toullier. Ecco in breve l'analisi della dottrina di questi due giureconsulti.

Analisi della dottrina di Proudhon, n.705 e seg.—1.° La legge non esige altra cosa per non aver luogo il dritto di accrescere, che la designazione delle parti, rigettando ogni distinzione sulla quistione di sapere in quale parte della disposizione si trova la designazione delle parti: volendo ch'essa sia posta in una parte della disposizione piuttosto che nell'altra, la quistione non viene ad essere risoluta, ma se n'avita la soluzione. L'ordine della scrittura non è altro che una cosa materiale, affatto indifferente. Non trattasi d'interpetrare la volontà del testatore, ma bensì di applicare quella della legge. Questa dichiara che non evvi dritto di accrescere, quando le parti sono state assegnate, e si cade in contraddizione, giudicando che il dritto suddetto à luogo quando l'assegnamento esiste in una data parte dell'atto: in tal modo si viene a riconoscere il fatto, ed a negargli le conseguenze che la legge gli attribuisce — 2.° Che anche quando fosse permesso di ricorrere ad una interpetrazione di volontà, tutt'i ragionamenti fatti nel sistema contrario, non sono valevoli, per la ragione, che quando si tratta di regolare gli effetti di una sola e medesima disposizione, si deve necessariamente supporre unità d'intenzione nel testatore, là dove vi è unità di atto emanato da lui: poco importa che una disposizione sia stata concepita o redatta in più frasi, dessa non è meno una, non forma meno un solo tutto; la parte finale non fa meno parte di quella che la precede, poichè un tutto non è meno composto del suo fine che del suo mezzo e del suo cominciamento—3.° In quanto alla obiezione, che quando l'assegnazione delle parti si trova nella frase finale, non può riferirsi che alla esecuzione, nè deve influire sulla disposizione che la precede; questo ragionamento è erroneo, poichè è poggiato su di una supposizione assolutamente falsa. La disposizione posteriore è di quella che precede una parte integrante. Come potrebbe il testatore volere nella disposizione una cosa diversa da quello che à prescritta nella esecuzione? Per ragionare esattamente bisogna dire, che l'autore della disposizione avendo assegnato le parti de'legatari con gli ultimi termini della clausola, à caratterizzato tutto ciò che precede, e dimostrato, che voleva legati distributivi, e non già solidali—4.° Finalmente, a'termini dell'art. 1110, quando una clausola è suscettiva di due sensi, bisogna preferir quello che

(*) Ecco come Toullier espone la sua dottrina:

« Fa d'uopo esaminare attentamente se l'assegnazione delle porzioni è messa nella *disposizione*, o solamente nella *esecuzione*. Nell'esempio qui sopra proposto, *io lego a Pietro a Paolo ed a Giovanni il fondo Corneliano in eguali porzioni;* la distinzione e l'assegnazione delle porzioni sono nella disposizione medesima: esse ne fanno parte, ne sono inseparabili, quindi è che fin da principio ciascuno non à dritto che alla porzione assegnatagli.

» Se al contrario si fosse detto: *Io lego a Pietro, Paolo e Giovanni il fondo Corneliano, per dividerlo fra essi in eguali porzioni*, essi sono chiamati *conjuntamente re et verbis* nel primo membro della frase che contiene la disposizione, e che comprende fin da principio la destinazione della totalità in favore di ciascun de'legatari. Essi non ànno parti assegnate se non col secondo membro, il quale è una frase accessoria unita alla prima mediante la congiunzione *per*, ed il quale non è aggiunto se non per determinare il modo di eseguire la disposizione, senza però nuocere a' dritti conferiti nel primo membro a' legatari, i quali non lasciano di avere il dritto di accrescere sulle porzioni divenute caduche. A tenore di questi principî la Corte di Cassazione con arresto de'19 ottobre 1808 annullò una decisione colla quale si era giudicato che il dritto di accrescere non aveva luogo nel testamento del sig. Delaporte, il quale aveva istituito per eredi, con una medesima disposizione, il sig. Plantè e due sue sorelle, per fare e disporre della sua intera eredità *ad uguali porzioni*.

» Questa distinzione che può sembrare ingegnosa alle menti poco riflessive, è nondimeno fondata sulla natura delle cose. Esiste una differenza sensibile e realissima fra questa formola: *Io istituisco Paolo, Pietro e Giovanni per miei eredi, ciascuno per una terza parte, o ciascuno per una uguale parte*, e quest'altra formola: *Io istituisco Paolo, Pietro e Giovanni per miei eredi, da dividersi i miei beni per eguali parti.*

» Nella prima ciascun legatario non è chiamato in principio se non per una terza parte; le parti sono fatte nella disposizione.

» Nella seconda, ciascun è chiamato in principio per la totalità; le parti non sono fatte se non nella clausola di esecuzione: è la presenza de' collegatari che opera la divisione, *concursu partes fiunt* ».

può avere qualche effetto, piuttosto che quello che non ne potrebbe produrre alcuno. Or, per far cadere le espressioni *in parti uguali* sulla esecuzione solamente, bisogno supporre aver il testatore preveduto il caso in cui tutt'i legatarl potessero raccogliere la liberalità, perciocchè allora soltanto vi sarebbe luogo alla esecuzione di una divisione tra essi. In questa supposizione, la clausola *in parti uguali* divieno inutile e senza effetto, poichè i legatari, quando anche non esistesse, dividerebbero nello stesso modo. Or è contrario alla sana ragione ed alla legge intendere una clausola in un senso che non produce alcun effetto; e perciò si è obbligato di conchiudere, che la clausola, *in porzioni uguali*, qualunque sia il posto che occupi nel testo della disposizione, esprima necessariamente l'intenzione che à avuto il testatore di assegnare realmente delle porzioni differenti nella cosa legata.

Analisi della dottrina di Merlin.—1.° Merlin nelle addizioni al repert. v. *accroissement*, n. 2, ritiene come una regola costante in giurisprudenza la distinzione delle assegnazioni delle parti nella *disposizione* e nella *esecuzione*. Ricard (trattato *delle donazioni*, p.3, n. 472) dopo di avere stabilito *che il dritto di accrescere riguardo a' congiunti verbis tantum* non à luogo, aggiunge: « Cujacio apporta a questa risoluzione una eccezione assai ragionevole, e vuole che, se si raccoglie da'termini adoperati dal testatore, che la sua intenzione, assegnando le porzioni de'legatari che à congiunti, non è stata di disgiungere e di separare i legati, ma solamente di regolare le porzioni che debbono avere i legatari nel caso che concorrano all'accettazione de'legati, questa specie di legati non lascia di essere suscettiva di accrescimento; ciò che io credo di esser fondato in dritto ». E ciò che Cujacio effettivamente insegna sulla l. 142 ff. *de verb.signif.* e sul til.20 del lib.2, dello instituta—2.° Forgole (*testam.*,cap. 9,n.15) si esprime ancora con più precisione: « la congiunzione è considerata come verbale, *verbis tantum*, tutte le volte che le porzioni sono assegnate distintamente a ciascuno di coloro che sono chiamati, come se si dico: *io lego a Tizio ed a Mevio il fondo Corneliano, cioè, a Tizio per tre quarti, ed a Mevio pel quarto*. Ma bisogna che quest'assegnazione di porzioni si trovi nella disposizione; poichè ne sarebbe altrimenti, se fosse solamente nella esecuzione. Un esempio farà perfettamente conoscere questa distinzione, secondo il mio pensiero. Se era detto: *Io lego a Tizio ed a Mevio il fondo Corneliano, per dividerlo tra loro in porzioni uguali*; in questo caso, la congiunzione non sarebbe puramente verbale, dessa sarebbe *re et verbis*; perciocchè la divisione non viene che nell'esecuzione, e nel caso che i due legatari si troveranno esistenti e capaci. »—3.° Cita in terzo luogo Merlin l'autorità di Toullier e l'arresto della cassazione di Parigi del 19 ottobre 1808 sulle uniformi conclusioni scritte di Daniels, e conchiude che questa dottrina merita di essere seguita, in quanto che poggia assolutamente sul medesimo principio che serve di bussola per distinguere, ne'testamenti, l'assegnamento *limitativo* dall'assegnamento *dimostrativo* (vedi la nota alla pag. 117, n. 4).

Da questa escursione storica fatta da Merlin si raccoglie, che la distinzione tra l'assegnazione delle porzioni nella *disposizione* e quella nella *esecuzione*, è fondata sulla ragione e su'principi di dritto, insegnata dagli antichi autori, dalle opere de'quali è estratta la compilazione dell'art. 999. Per quanto fosse grave l'autorità di Proudhon, con i suoi contrari ragionamenti, sembra che sotto l'impero del codice bisogna professare l'antica dottrine, insegnata oggi da Toullier, e sviluppata da Merlin. Se Delloz (*disposit. entre vifs et testam.*, c. 9, sez. 4, n. 16) trova ineluttabile l'obiezione che fa Proudhon, che cioè se l'assegnamento nella esecuzione della disposizione non impedisce il dritto di accrescere, si renderebbe inutile, in contraddizione dell'art. 1110, la clausola della divisione *ex aequis partibus*, a noi non fa molto peso questa obiezione; perciocchè, osserva bene Duranton, t. 9, n. 507, questa dichiarazione, a dir il vero è superflua, ma non ogni menzione superflua in un atto, e soprattutto in un testamento, vuol esser per forze presa in un sentimento che la natura di questo atto altererebbe. Quando con una prima disposizione completa, abbia il testatore fatto da principio una istituzione universale, e volendo quindi manifestare la volontà che i suoi legatari abbiano dritti uguali, o per ignoranza di legge, o per prevenire controversie e domande di collazione, determina le parti nella divisione solamente, la disposizione non à perduto per questo il suo sembiante di disposizione universale.

E questa teorica è stata rifermata dalla nostra Corte Suprema di Giustizia con arresto del dì 21 febbrajo 1839 (causa *Spaliero, Robbio e Ferretti*). Giova riferire i motivi di questo arresto. « Trattandosi del dritto di accrescere, non potrebbesi ammettere in principio,
» che sulla quistione surta per legato *congiuntamente fatto*, la Corte Suprema annullar
» potesse *per fallace interpetrazione di una clausola*, ciò che sarebbe lo stesso che dar luo-
» go ad una eccezione distruttiva dalla regola generale, di non essere la Corte Suprema
» istituita che *per vendicar la legge*, non per correggere gli errori, potendo questi consi-
» stere nel regno delle leggi. Ora nella decisione impugnata non si è la G. C. civile occu-

» pata che della *interpetrazione della volontà* del disponente, anzi cha doviato avesse ed
» aberrato *nella definizione legale del legato con dritto di accrescere.*

» Osserva, che il dirsi di non potere ammettere l'interpetrazione della volontà del testa-
» tore trattandosi di *dritto di accrescere*, è combattuto da' principi costanti dell'antica e
» nuova legislazione. Così, tra gli altri esempi, dubitavasi per l'antica, se a riguardo di
» que'collegatari *non uniti che per le parti soltanto*, il dritto di accrescere dovesso tra es-
» si aver luogo. Si fu di accordo che se conoscer potevasi la intenzione del testatore, il
» quale nel'o avere assegnato le *porzioni* de'suddetti legatari fatto lo avesse non già per
» disgiungere o separare il legato, ma soltanto per regolare le parti e porzioni, che aver
» dovcano i legatari medesimi, godere essi dal dritto di accrescere, come ne fan fede la
» l. 84, § 12, ff. *de legatis 1°*; l. 41, § 5, ff. *de legatis 2°*; l. 80 o 89, ff. *de legatis 3.°*

» In quanto alla nuova, si è agitata la stessa identica quistione, essendo in vigore l'art.
» 1044 abolito codice, ed è stata al modo stesso risoluta con arresto del 18 ottobre 1808,
» rapportato da Merlio, rep. v. *accroissement*, t. 16 ».

III. Ci rimane inoltre ad esaminare, se il legatario a favore di cui à luogo il dritto di accrescere, sia obbligato di sopportaro i pesi dal testatore imposti al legatario, il cui legato è caduco. Il dritto romano ammetteva una distinzione tra i legatari congiunti *re tantum*, e quelli congiunti *re et verbis*. Fra i primi avea luogo il dritto di accrescere anche contro la volontà di colui a favore del quale avea luogo, senza però l'obbligo di sopportare i pesi. Fra i congiunti *re et verbis* non avea luogo il dritto di accrescero contro la volontà de' collegatari, ma accettando, erano obbligati di sopportare i pesi, *accrescit volenti et cum onere*. La ragione di questa distinzione è data da Giustiniano nella l. unic. cod. *de caduc tollendis*, § 11: v. Voet, *ad pand*. l. 30, tit. unic. o. 62. Ma Pothier, (*testam.* c. 6, sez. 5, § 5, osserva), che questa distinziona era più sottile che solida: « ogni legatario, egli dice, o che sia congiunto *re et verbis*, o che sia congiunto *re tantum*, è tenuto de' pesi imposti al suo collegatario, la cui porzione a lui si accresce, se vuole usare del dritto di accrescere, ciò ch'è a sua scelta » — Sotto l' impero del codice bisogna in generale ammettere la dottrina di Pothier (seguita da Toullier, t. 5, n. 675), che il dritto di accrescere non à luogo che *volenti*, poichè sebbene non fosse permessa al legatario di scindera l' accettazione del suo legato, l. 4, ff. *de legatis* 2.°, questa regola non si può ammettere quando il testatore à destinato più persone al godimento del legato, nel qual caso è permesso di dividere l'oggetto, l. 74, ff, *ad S. C. Trebell.* In quanto poi a' *pesi* imposti al legatario che non accetta, Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 261 e Proudhon, n. 643 ammettono una ragionevole distinziono. Se i pesi erano personali al legatario cha non accetta, come sarebbe la condizione di maritarsi, l' obbligo di fare un quadro, questi pesi non passano al collegatario che profitta del dritto di accrescere. Se poi i pesi non sono inerenti alla persona del legatario mancante, ma *reali*, cioè in considerazione dalla cosa legata, allora obbligando la cosa stessa, passano a coloro che la raccogliono.

IV. *In quale proporzione la parte caduca si accresce a' collegatari* — Può avvenire, che la congiunzione mista si trovi in concorso con la reale, ed in questo caso può nascere la controversia a chi ed in quale proporzione si accrescerà la porziono caduca. Se tutti sono congiunti con lo stesso genere di congiunzione, a ciasuno si accresce in proporziona della rata che à nella eredità o nel legato, l. 59, § 3, e l. 66, ff. *de hered. inst.*; l. 78, § 4, ff. *ad Trebell*; l. un. § 10, C. *de caduc. tollendis*. Se poi sono congiunti con diverso genere di congiunzione, la regola è la seguente. Caducata la porzione di colui che à il congiunto *re et verbis*, si accresce a costui soltanto, ad esclusione de' congiunti *re tantum*: caducata la porzione del congiunto *re tantum* non si accresce al solo congiunto *re*, ma a tutti. Così dicendo il testatore: *Lego il fondo Tuscolono a Primo ed a Secondo; lego lo stesso fondo a Terzo; lego lo stesso fondo a Quarto; lego a Quinto ed a Sesto lo stesso fondo.* Concorrendo tutt' i legatari, il fondo sarà diviso in quattro parti, delle quali una parte dividono coloro che sono congiunti *re et verbis*, l. 34, *princ.* ff. *de legatis*, 1.° Manca Primo, la sua porzione si accresce soltanto a Secondo, perchè i congiunti *re et verbis* sono preferiti agli altri, l. 89, ff. *de legatis 3.°* Manca Terzo, la sua porzione non si accresce soltanto a Quarto che gli è congiunto *re tantum*, ma si accresce a tutti, poichè tutti sono congiunti a Terzo nella stessa cosa, *re*; così che la porzione di Terzo si divide in tre parti, una a Primo e Secondo, una a Quarto, ed una a Quinto o Sesto. *Non potest dari* (dice Cojacio, comment. *ad* l. 16, ff. *de legatis*, 1.°) *casus, quo re tantum conjunctus preferatur caeteris legatariis ejusdem rei, quoniam et cetera et, qui deficit, sunt re conjuncti.* Perezio, Cod. lib. 6, tit. 51, n. 18; Proudhon, n. 638 a 641; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 261; Toullier, t. 5, n. 694.

Non è da omettersi, che tra coloro che sono congiunti in nome collettivo, vi è una certa prerogativa nel dritto di accrescere. Così dicendo il testatore: *lego il fondo Corneliano*

1001. Le medesime cause che, secondo l'articolo 878 e le due prime d-

---

a Tizie ed a'figli di mie fratello; mancando qualcuno de'figli di mio fratello, la sua porzione si accrescerà a'fratelli di lui, escludendosi Tizio, quantunque costui sia a quelli congiunto *re et verbis*, arg. l. 7, ff. *de usufr. accr.*, l. 13 e 15, ff. *de hered. inst.* La ragione si è, che, quantunqae Tizio sia congiunto a quelli *re et verbis*, costoro sono tra loro più congiunti, perchè in una frase contenuti; che anzi sembrano separati da Tizio, mentre concorrendo tutti, il fondo non si divide in porzioni virili, ma una metà a Tizio, ed una metà a'figli del fratello. Perezio, ibid., n. 20; Toullier, t. 5, n. 693.

IV.

Della congiunziene reale e della congiunzione verbale.

Gli autori modorni non sono di accorde sul punto, se sotto l'impero del codice civile si riconosca il drittu di accrescere nel caso della congiunzione reale. Per penetrare nello spirito di questa discussione, ci sembra opportuno discorrere brevemente della congianzione reale e della verbale ammesse nel dritto romano, e vedere la progressione istorica del dritto in siffatta materia.

I. *Della congiunzione reale*—Così chiamavasi la congianzione, quando il testatore legava la medesima cosa o più cose a più persone, ma con disposizioni separate: *re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur*, l. 89, ff. *de legatis 3.°* Così, quando un testatore diceva: *io lego a Pietro il fondo Corneliano; se lego a Paolo il fondo Corneliano*, univa Pietro e Paole *re*, nella cosa, quantunqae non li univa *verbis*, con le parole; e come non era ragionevole di pretendere che il testatore avesse rivocato il primo legato mediante il secondo, si rigaardavano i due legati come formanti un solo che si divideva pel concorso de'collegatari (*partes concursu fiebant*), ma da appartenere l'intero ad uno de' due, in mancanza dell' altro. Che perciò i legatari congiunti *re*, stante che erano con separate disposizioni chiamati, solevano chiamarsi *disjuncti*, e si opponevano a'congiunti, l.un., § 10, Cod. *de caduc. tollendis*. Per dirsi tale, la congianzione reale era, come si scorge a prima vista, subordinata a tre condizioni: 1.° Bisognava che vi fossero tanto disposizioni distinte, quanti erano i legatari, poichè se fosse altrimenti, si cadrebbe nel caso della congiunzione mista o della congianzione verbale. 2.° Che una delle disposizioni non rivocasse l'altra, perciocchè se dalle parole adoperate dal testatore si raccoglieva che con la seconda disposizione avesse inteso rivocare la prima, non si verificava certamente il caso della congiunzione reale. Così se il testatere dicesse: *io voglio che la cosa che avea legate a Pietro appartenga a Paolo*, questo mode di spiegarsi, indica la volontà del testatore di trasferire il legato dal capo di Pietro a quello di Paolo; l. 5, ff. *de adimentis legatis*; 3.° Finalmente faceva mestieri che vi fosse identità nell'oggetto donato a tutt' i legatari, val dire tutt' i legatari deveano essere integralmente chiamati alla stessa cosa, poichè se il testatore avesse assegnate le parti di ciascuno, non vi sarebbe congiunzione reale, ma verbale.

Gli effetti della congiunziene reale non sone stati sempre i medesimi: ànno variato, secondo le diverse epoche della giurisprudenza. Nell'antico dritto romano avea luogo il dritto di accrescere ne'soli legati *per vindicationem* (nota a, p. 109) e non già ne'legati *per damnationem* (nota a, p. 109), come ci fan sapere Cajo nelle instituta, l. 2, tit. 5, § 6, ed Ulpiano, *fragment.* tit. 24, § 12, e di questa distinzione si trovano vestigi sparsi nelle Pandette, come ànno chiaramente esposto Cujacio ad lib. 32, *ad § Interdum* e *§ Idem Julianus*, l. 1, ff. *de usuf. accres.*, e in l. 33, e l. 94, § 1, *de legatis 1.°*, Voet, lib. 30, tit. unic., n. 59. Giustiniano avendo con la l. unica Cod. tit. *de caducis tollendis*, abolite le antiche distinzioni tra i legati (nota 2, p. 109), nel § 11 di detto titole à stabilito che tra i legatari congiunti *re* il dritto di accrescere à luogo tra i collegatari, o per meglio dire la vocazione in solido à luogo non per presunzione, ma per espressa volontà del testatore, e quindi è meglio dire che il collegatario rimasto solo per la incapacità o rinunzia dell' altro, raccoglie tutto *jure non decrescendi*, anzichè *jure accrescendi*: Voet, ibid., n. 60.

II. *Della congiunzione verbale*—Eravi congianzione verbale, *verbis tantum*, quando il testatore chiamava più legatari alla medesima cosa, ma con designazione della parte dovuta a ciascuno. *Io lego il fondo Corneliano a Paolo ed a Pietro, ciascuno per metà* Pietro e Paole sono uniti *verbis*, ma non lo sono *re*, poichè chiamati a raccogliere il legato in porzioni distinte: *conjuncti videntur verbis non etiam re, cum Titio et Seje fundum aequis portionibus do, lego*, l. 89, ff. *de legatis*, *3.°* V. intanto la p. 153.

Era intanto una quistione sommamente controvertita tra gl' interpetri del dritto romane, se la congiunzione puramente verbale dava luogo al dritto di accrescere; e la difficol-

sposizioni dell'articolo 880, autorizzano a rivocare la donazione tra vivi,

tà derivava da una complicazione di testi contraddittori, che àn fatto accusare Triboniano di aver con soverchia precipitazione fatta la raccolta delle Pandette. Si pronunziarono pel dritto di accrescere, fra gli altri, Duareno, *tractatu de jure accrescendi*, l. 2, c. 10; Menochio, *de praesumpt.*, lib. 4, *presumt.* 159; Cancerio, *variar. resolut.*, p. 3, c. 22, n. 28 e seg.; Donello, l. 7, com. c. 13; Peresio, Cod. tit. *de caduc. tollend.*, n. 23; Vinnio, Inst. *de legatis*, § 8, n. 15.—La contraria opinione è stata sostenuta da Cujacio, *observat.*, l. 15, c. 4, e l. 24, cap. 34; Zoez, sul dig., tit. *de legatis*, n. 50; Fachineo, *contr.* l. 5, c. 50; Ricard, *donat.*, p. 3, c. 4, sez. 3, n. 741; Domat, p. 2, lib. 3, tit. 2, sez. 9, n. 11 e 13; Furgole, *testam.*, c. 9, n. 18; Pothier, *testam.*, cap. 6, sez. 5, § 4; Voet, *ad pandectas*, lib. 30, tit. unic., n. 61. Quest'ultima opinione era la più accredita, e ne'tribunali d'Italia accolta. La ragione, mettendo da banda i testi inconciliabili di legge, dice che non può aver luogo il dritto di accrescere tra i congiunti *verbis*, poichè chiamati i legatari in porzioni diverse, impropriamente si chiamano congiunti: congiunto deve intendersi il legato, quando tutto il legato si è dato a ciascuno, e *concursu partes fiunt*, l. 80, ff. *de legatis*, 3.°; ma quando il testatore à fatto la separazione, manca la congiunzione, la quota di colui che non accetta si devolve a beneficio di colui che per regola generale profitta della caducità de'legati: nota 2, p. 237 e 238.

III. *Applicazione di questi principi sotto l'impero del codice vigente*—Si riconosce da tutti gli autori, che il testo dell'art. 999 esclude la congiunzione verbale, poichè vuole, *per* l'argomento *a contrario*, che quando il testatore à fatto l'assegnamento delle parti, non à luogo il dritto di accrescere. L'opinione di Cujacio adunque e de'suoi seguaci è stata sublimata in legge dal codice vigente: Toullier, t. 5, n. 690; Delvincourt, lib. 3, tit, 4, nota 260; Duranton, t. 9, n. 503; Merlin, rep. v. *accroissement*, n. 2. Secondo Proudhon, n. 534, a questa regola evvi eccezione nel caso dell'art. 1000, val dire quando la cosa legata con porzioni separate non sia suscettiva di separazione; ma gli altri autori, come meglio vedremo or ora, non riconoscono questa eccezione per la congiunzione verbale, ma, secondo essi, la vera lezione dell'art. 1000, è di non ammettere la congiunzione reale dei romani, che nel solo caso in cui a'congiunti re fosse legata una cosa che non può dividersi senza deterioramento.

Ritenuto per regola, che nella congiunzione verbale non à luogo il dritto di accrescere, dessa riceve la sua applicazione, quando il testatore non abbia dichiarato una volontà contraria, nel qual caso la volontà del testatore dev'essere rispettata, l. 66, ff. *de hered. instit.*; Cujacio, in l. 34, § 11, ff. *de legatis 1.°*

In quanto alla congiunzione reale, gli autori moderni non sono di accordo, se sia dal codice riconosciuta. Grenier, n. 350, Toullier, t. 5, n. 688 (*), Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 259, e Duranton, t. 9, n. 508 portano opinione, che i compilatori del codice con l'art. 1000 non ànno inteso di ammettere il dritto di accrescere nel caso della congiunzione reale, che quando la cosa legata non sia divisibile senza deterioramento. Ma Proudhon, n. 587, 673, 734 e seg. à confutato, vittoriosamente secondo noi, questa dottrina, ed è entrato ne'più profondi sviluppamenti; e noi crediamo che tanto più è da adottarsi la dottrina di Proudhon, in quanto che l'antico dritto non ammetteva dubbio sul dritto di accrescere nella congiunzione *re*, ed il processo verbale del consiglio di Stato di Francia non presenta alcuna discussione in questa importantissima materia. Noi ci fermeremo ad esporre in succinto i ragionamenti di Proudhon, i quali non lasciano alcun vuoto per una completa dimostrazione.

Quantunque, nel nostro nuovo codice, dice Proudhon, non sia esplicitamente quistione della *congiunzione reale*, e del dritto di non decrescere che n'è l'effetto necessario, è nondimeno evidente che oggi, come sotto l'antica legislazione, dobbiamo in questa materia ammettere assolutamente i medesimi principi; poichè questo dritto non è l'opera della leg-

(*) Ecco come si esprime il sig. Toullier: « Se la porzione che avrebbe avuto uno de' legatari chiamati congiuntamente *re tantum* diveniva caduca, l'altro la conseguiva per dritto di accrescere sotto l'impero dell'antica giurisprudenza. Si presumeva che tale fosse stata la volontà del testatore, il quale, sebbene con disposizioni separate e distinte, aveva chiamato ciascun legatario a conseguire la totalità della cosa.

« L'art. 1045 (1000) ammette parimente il dritto di accrescere in favore de' legatari chiamati congiuntamente *re tantum*; ma non l'ammette se non nel caso in cui la *cosa non sia divisibile senza deterioramento*. In quanto a ciò dobbiam' osservare che l'art. 1045 (1000) non dice, come gli art. 807 e 804 (746 e 743), *se gli stabili non possono comodamente dividersi*. Per conseguenza, la semplice incomodità di una divisione basta per autorizzare i condividenti a domandare la vendita all'incanto; ma non basta per dare il dritto di accrescere a'legatari chiamati congiuntamente *re tantum*: fa d'uopo ancora che la cosa non possa essere *divisa senza deterioramento*.

saranno egualmente ammesse per chiedere la rivocazione delle disposizioni

---

go, ma solamente no puro effetto della volontà dell' uomo, o basta che la disposizione del testatore sia rispettata o messa ad esecuzione in tutta l' estensione che comporta naturalmente, per esser forzato di accordare tutta la cosa a colui al quale tutta la cosa era stata legata, allorché non vi è concorrenza con colui che avea sulla medesima cosa uo dritto uguale. E sarebbe cosa contraddittoria il volere, che abbia luogo nel caso della congiunzione mista il dritto di accrescere, che non esisterebbe senza l' opera della legge; e non esistesse poi nel caso della congiunzione reale, nel quale il dritto di non decrescere è un effetto immediato o necessario della disposizione del testatore. Il dubbio che nasce dall'art. 1000 non è di gran peso, se si riflette che desso contiene un'eccezione alla regola stabilita nell'art. precedente, cioè che, siccome nell'art. 999, è stabilito che per aver luogo il dritto di accrescere tra collegatari chiamati con la stessa disposizione, è necessario altresì che il testatore non avesse fatto l' assegnamento delle parti; così l' art. 1000 vuole che, non ostante l'assegnamento delle parti, il dritto di accrescere abbia luogo, quando la cosa legata non possa dividersi senza deteriorazione. Or se la legge prescrive, che le indivisibilità che affetta la cosa, forse un motivo sufficiente per far presumere che il testatore abbia voluto accordare una vocazione solidale a coloro a' quali aveva destinato l'oggetto della sua disposizione, come poi escludere questa presunzione ch'è espressa nettamente con la chiamata solidale in tutta la cosa?—Gli autori della contraria opinione, massime Delvincourt o Duranton, mentre riconoscono che la loro dottrina non è conforme a' principi della materia, si veggono ligati e sostenerla dal testo dell'art. 1000, il quale con le parole *anche separatamente* abbia voluto, secondo essi, proscrivere la congiunzione puramente reale, eccetto il caso in cui la cosa legata fosse indivisibile. Alla quale difficoltà risponde Proudhon, che la parola *separatamente* adoperata nell'art. 1000 non è che una espressione di antitesi con quella che precede. Non è presa che in opposizione alla parola *congiuntamente* dell' art. 999, come se avesse detto *non congiuntamente*, o, in altri termini, *con designazione di parti;* e bisogna quindi intendere l'art. 1000, come se fosse concepito così: *il legato sarà reputato ancora fatto congiuntamente quando una cosa che non è suscettiva di esser divisa senza deterioramento, sarà stata donata con la medesima disposizione, a più persone, anche con designazione di porzioni*—Inoltre, la interpetrazione data dagli altri autori confondo il dritto di accrescere che risulta sempre da una sola disposizione, con quello di *non decrescimento* che suppone due disposizioni distinte. Da un'altra parte, questa interpetrazione menerebbe ad una contraddizione, ed anche ad un assurdo. È generalmente riconosciuto che della caducità di un legato particolare profitta il legatario universale (nota 1, p. 137), senza aver riguardo alla quistione se la cosa sia o pur no divisibile; o la ragione si è ch'orasi donato il tutto al legatario universale. Perchè sarebbe altrimenti nel caso di concorrenza di due legatari universali, o di due legatari a titolo universale della medesima porzione, o finalmente di due legatari particolari della stessa cosa, chiamati con separate disposizioni? Il titolo di colui che riman solo per effetto della caducità degli altri legati non abbraccia forse egualmente la cosa intera? D'altronde il codice civile à consacrato il dritto di accrescere fondato sulla congiunzione mista, perchè si presume che il testatore abbia voluto donare tutta la cosa a ciascuno de' legatari, come lo avesse fatto con altrettante clausole distinte e separate. Perchè dunque si suppone la congiunzione reale nella mista, si attribuisce a questa la forza di produrre il dritto di accrescere. Non sarebbe perciò irragionevole il decidere che la congiunzione reale, allorchè è la più espressa, non debba produrre da per sè stessa alcun effetto? Da questa discussione conchiude Proudhon, che, nel caso della congiunzione puramente reale, vi à, sotto il codice, dritto di non decrescere, come sotto l'impero delle leggi romane.

V.

Del dritto di accrescere in materia di usufrutto. Se à luogo ne' legati de' dritti di uso e di alimenti.

I. Le regole che abbiamo esposte ne' § precedenti sono applicabili all' accrescimento in materia di usufrutto, come ne convengono tutti gli scrittori, e lo stesso principio è stato rifermato dalla nostra Corte Suprema di Giustizia con arresto del dì 15 marzo 1827 (Pilla e Marchio)—Per dritto romano eranvi sul proposito regole particolari non applicabili alla semplicità della legislazione vigente, come abbiamo dimostrato nel t. precedente, nota 2, pag. 179 e 180.

II. *Se à luogo nel legato di alimenti, o de' dritti di uso.*—Non à luogo il dritto di accrescere tra due legatari congiunti in un legato di alimenti, o di dritti di uso. Imperciocchè la ragion naturale ci persuade che ne' legati di alimenti cessa il dritto di accrescere,

testamentarie (1).

---

mentre gli alimenti non possono aumentarsi, reiterarsi o moltiplicarsi, l. 16, § 2, ff. *de alim. legatis*. Ed in quanto a' legati di uso, ognun comprende che la quantità che cadauno deve ottenerne, è limitata dalla misura de' suoi bisogni alimentari: *per fideicommissum fructu praediorum ob alimenta libertis relicto, partium emolumentum ex persona vita decedentium, ad dominum proprietatis recurrit*, l. 57, § 1, ff. *de usufructu*; Perezio, lib. 6, tit. 51, n. 25; Voet, in tit. *de usuf. accresc.*, n. 3, et in tit. *de alim. vel cibar. legat.*, n. 4.

Non pertanto, se nel fatto i frutti del fondo sul quale era assegnato un dritto di uso a più, non basterebbe per soddisfare a' bisogni di tutti, l'uno de' legatari venendo a mancare, gli altri dovrebbero profittare della porzione vacante, sino alla concorrenza di ciò che loro sarebbe necessario. Proudhon, n. 48.

(1) Accennammo nella nota 1, pag. 133, che una delle cause della rivocazione tacita de' legati è la inimicizia sopraggiunta tra il testatore e 'l legatario. Qui dobbiamo sviluppare questo principio, comentando gli art. 1001 e 1002, che ci danno altresì occasione ad esaminare, la rivocazione per inadempienza di condizioni, e la grave quistione se la sopravvegnenza di figli opera la rivocazione de' legati.

I. *Inadempimento de' pesi*. È questa una causa di rivocazione tacita del legato, e su di ciò vedi le osservazioni all'art. 879 e nota 1, p. 138 a 143.

II. *Inimicizia sopraggiunta tra il testatore e 'l legatario*.—Il dritto romano distingueva all'uopo i legati dalla instituzione di erede. I primi erano rivocati per la inimicizia sopraggiunta tra il testatore ed il legatario, l. 22, ff. *de adimendis legatis*; non così la istituzione di erede, l. 9, ff. *de his quae ut indignis*. La ragione della differenza si era, che per la l. 36, § 3, ff. *de testamento militis*, la sola volontà del defunto bastando per la rivocazione de' legati, la presunzione tacita di rivocazione era naturale nel caso dell'inimicizia sopraggiunta. Ma nella istituzione di erede essendo le formalità solenni, bisognavano le solennità particolari per la rivocazione.

Oggi che, come abbiamo detto più volte, non si riconosce più alcuna differenza tra la istituzione di erede ed i legati, sì la istituzione di erede che i legati sono rivocati tacitamente per la inimicizia sopraggiunta; ma l'art. 1001, rinviando all'art. 880, non ammette la presunzione d'inimicizia, che in due soli casi: 1.° Quando l'erede instituito o il legatario *abbia attentato alla vita del testatore*; 2.° *Quando si è renduto verso di lui colpevole di sevizie, delitti* o *ingiurie gravi*. Una lieve offesa, non si presume, in questa materia, una inimicizia da operare la rivocazione: *sin autem levis offensa, manet fideicommissum*, dice la l. 3, § ult. ff. *de adimendis legatis*.

La riconciliazione posteriore all'offesa fa cessare il motivo che serve di base alla rivocazione. Malevillo sull'art. 1046 (1001); Duranton, t. 9, n. 476; vedi nel t. 1, nota 4, p. 433. È una presunzione legale della remissione dell'offesa, se il testatore non rivochi fra l'anno il legato, arg. dell'art. 882: v. nel t. 1, note 4 e 5, p. 433.

Qual è il termine che hanno gli eredi per esercitare l'azione di rivocazione? L'art. 1001 non istabilisce il termine della durata dell'azione, e solo pel caso in cui il legatario siasi renduto colpevole d'ingiuria grave fatta alla memoria del testatore, l'art. 1002 dispone che questa domanda deve formarsi dal giorno del commesso delitto. *Quid juris* quindi, allorchè trattisi di delitto o d'ingiuria verso la persona del testatore? La prima compilazione dell'art. 1001, presentata al consiglio di Stato di Francia, conteneva due parti, ed era concepita così: « Qualora la domanda sia basata sul fatto che il legatario fosse autore » o complice della morte del testatore, l'erede dee intentarla fra l'anno dal giorno della » morte del testatore, se la condanna del legatario sia anteriore; o dal giorno della condanno, se essa sia posteriore. Se à per fondamento una ingiuria grave fatta alla memoria » del testatore, vuol esser proposta fra l'anno dal giorno del commesso delitto. » Locré, t. 5, p. 272, n. 14.

Mess'a discussione questa compilazione, il sig. Treilhard osservò « che sarebbe contro » l'ordine il lasciare un assassino godere delle spoglie della sua vittima, sol perchè non » fosse stato perseguitato durante un anno—Tronchet domanda che l'azione per decadenza contro il legatario abbia la stessa durata dell'azione per lo procedimento del misfatto » da lui commesso. — Il consiglio toglie la prima parte dell'art.—La seconda parte (che » corrisponde all'art. 1047 del cod. francese, uniforme al nostro art. 1002) è adottata » Locré, ibid.

Si raccoglie dalla riferita discussione, che il Consiglio di Stato non volle che si limitasse ad un anno la durata dell'azione di rivocazione del legato, quando il legatario fosse autore o complice della morte del testatore; ma non ispiegossi punto sul principio della durata dell'azione fondata sulle ingiurie o delitto contro la persona del testatore, o anche

1002. Se questa domanda ha per fondamento una ingiuria grave fatta al-

---

sull'attentato alla vita. Maleville, nel silenzio della legge, crede di doversi ricorrere alle regole del dritto comune, cioè la durata dell'azione è di trent'anni; ma questo sistema mena alla conseguenza, che l'azione civile durrebbe più della penale. Con maggior fondamento la Cassazione di Parigi decise con arresto del dì 24 dicembre 1827 (Dalloz, *réc. pér.*, 1828, 1, 72), che il termine della domanda di rivocazione, fondata su di un delitto diverso dalla ingiuria fatta alla memoria del testatore, è regolato dall'art. 882, cioè è la durata di un anno. Ed aggiunge Duranton, t. 9, n. 480, che questo anno decorre dal dì della morte del testatore, ed il tempo decorso dal dì del delitto fino alla morte del testatore non si conta, come si conta nelle donazioni; perciocchè appartenendo al testatore il dritto di revocare a volontà il legato, non si può dire che il tempo decorreva contro di lui.

III *Sopravvegnenza di figli.*—Per dritto romano, tutt'i figli che non aveano meritato la diredazione, doveano istituirsi eredi, e la preterizione di uno di essi rompeva il testamento. Era una conseguenza di questo principio, che la nascita di un figlio, anche postumo (*) rompeva il testamento, l. 3, ff. *de inj. rupt.*; l. 1, Cod. *de posthumis hered. inst.*; e Perezio con la solita chiarezza espone nel lib. 6 del Cod., tit. 29, n. 1 a 12, le ragioni per le quali il non avere il padre istituito il postumo, si considerava questa omissione come una preterizione valevole a rompere il testamento.

Il codice civile francese, fra le cause di rivocazione di legati, non contiene quella per sopravvegnenza di figli, e l'art. 1046 corrispondente al nostro art. 1001, cita l'art. 954 che corrisponde al nostro art. 879, val dire, che il legislatore intese applicare in parte ai legati le cause di rivocazione della donazione, escludendo quella per sopravvegnenza di figli. Quindi gli scrittori francesi (**) non dubitano, che, la sopravvegnenza di figli non opera la rivocazione del testamento, perciocchè, se il codice pronunzia la rivocazione delle donazioni per sopravvegnenza di figli, non à stabilito lo stesso pel testamento, ch'essendo un atto per sua natura rivocabile, poteva, se voleva, il testatore rivocare. Ma i medesimi scrittori discordano sul punto, se rivoca il testamento la nascita del postumo, o quando il testatore ignorando la gravidanza della moglie à fatto un testamento che non à potuto rivocare. Grenier, Delvincourt e Chabot opinano, che in questo caso bisogna seguire i principî dell'antica giurisprudenza che pronunziava la rivocazione del testamento nei due casi proposti, nè si può presumere che il testatore avesse preferito gli estranei al figlio; ma Toullier, Merlin, Favard e Duranton, non ammettevano questa modificazione, poichè nel silenzio della legge non si può supplire arbitrariamente alle sue disposizioni.

Quid juris presso di noi? Volendo stare alla lezione materiale dell'art. 1001, senza dubbio la sopravvegnenza di figli è causa di rivocazione del testamento, perchè detto articolo cita l'art. 878 che enunciando le cause della rivocazione delle donazioni tra vivi, comprende la sopravvegnenza di figli. Ma generalmente si crede nel nostro foro, che per errore materiale viene nell'art. 1001 citato l'art. 878, dovendosi intendere la citazione dell'art. 879, nello stesso modo come l'art. 1046 del codice francese cita l'art. 954 corrispondente all'art. 879 delle *nostre leggi civili*. Ed aggiungono i signori Magliano e Carrillo (t. 3, p. 761), che nel progetto rimesso dalla commissione al Supremo Consiglio di Cancelleria detto errore non esiste; e nel Consiglio non soffrì veruu cambiamento; nè soffrir lo poteva con sostituirsi la citazione dell'art. 878 invece dell'art. 879, sì perchè ciò avrebbe contenuto una contraddizione, sì anche perchè sarebbe stata opposto tanto al sistema delle nuove leggi, secondo le quali il figlio preterito non annulla più il testamento; che a quello del dritto romano, giusta il quale il testamento non si rompeva, quando il postumo fosse stato in qualunque parte istituito erede.

(*) *Postumo* si chiama comunemente il figlio che nasce dopo la morte del padre; ma in questa materia si chiama altresì postumo il figlio che nasce dopo fatto il testamento. *Posthumos dicimus eos, dumtaxat, qui post mortem parentis nascuntur. Sed et hi qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Velleam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati*; l. 3, § 1, ff. *de inj. rupt. irrit. testam.*

La parola *postumo*, *posthumus* si fa derivare dalle parole *post et humus*, cioè *post humatum patrem*; ma leggendosi nelle Pandette fiorentine la voce *posthumus* senza la lettera *h*, il dottissimo Cujacio, *observat.*, l. 3, c. 4, espone con molta erudizione che postumo non è detto il figlio, perchè nato *post humatum patrem*, ma perchè è nato l'ultimo; donde crede che postumo si compone delle voci post e *umus*. La particella *umus* non significa certamente niente, ma deve intendersi ligata a *post*, come a *citra*, *citumus*; *extra*, *extumus*. V. Gotofredo, sulla l. 3, ff. *de inj. rupt. testam.*

(**) Maleville sull'art. 1045; Chabot, *quest. transit.*, v. *testament*, § 9, n. 2; Grenier, n. 341; Merlin, *rep.* v. *revocat. de testam.*, § 2; Toullier, t. 5, n. 668; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 341; Duranton, t. 9, n. 473.

la memoria del testatore, debbe esser proposto fra l'anno del giorno del delitto.

A dir il vero, la lezione materiale dell'art. 1001 può far credere che per errore si è ritato l'art. 878, altrimenti sarebbe stata cosa inutile rammentare le due prime cause di rivocazione espresse nell'art. 880, quando tutte le cause, comprese quello dell'art. 880, sono nell' art. 878 contenute. Ma si può rispondere a questa prima difficoltà, che non vi è contrarietà (in quanto alla rivocazione per ingratitudine) con la citazione simultanea degli art. 878 e 880, perciocchè con la citazione dell'art. 880 si è inteso limitare a due i motivi generalmente enunciati nell'art. 878; è il caso della massima *generi per speciem derogatur*, l. 80 ff. *de r. j.*,; e d'altronde dalla imperfezione di compilazione di un articolo, non si può dare alla legge un senso diverso da quello che à inteso di esprimere, massime quando la fluttuanza della precedente giurisprudenza à potuto determinare il legislatore a dettare un principio che conforme alla giustizia, tronca altresì le controversie all'uopo elevate. Che se le discussioni del Supremo Consiglio di Cancelleria dimostrano, che erasi citato l'art. 879, era che vedasi nel codice citato l'art. 878, noi domandiamo; correndo ormai il quinto lustro dalla pubblicazione delle *leggi civili*, e non avendo il legislatore con decreto rettificata l'errore (laddove erronea fosse la citazione), potrebbe la Corte Suprema annullare una decisione che avesse dato all'art. 1001 la intelligenza che presenta il suo testo? In materie nelle quali una erronea citazione di un'articolo poteva dare alla legge un senso diverso da quello per cui è stata scritta, il legislatore à sollecitamente emendato l'errore: così si sono emendati l'art. 234, la citazione contenuta nell'art. 647 delle *leggi civili*, e l'art. 428 delle leggi di *proced. penale*, con decr. de' 27 aprile e 9 settembre 1819. Or non essendosi per l'art. 1001 eseguita la correzione in disamina, bisogna ritenere che il legislatore à di proposito e non erroneamente citato nell'art. 1001, l'art. 788, volendo con ciò applicare a' testamenti la regola di rivocabilità stabilita per le donazioni nel caso di sopravvegnenza di figli.

E passando a filosoficamente trattare il principio in disamine, a noi pare, che a buon dritto la sopravvegnenza di figli debbe operare la rivocazione del testamento; non perchè debbono i figli, come per dritto romano, essere istituiti eredi; ma perchè si presume, che colui che non avendo figli dispone de' suoi beni, sia con atto tra vivi, sia di ultima volontà, è reputato farlo sotto la condizione tacita che la sua disposizione cesserà di avere effetto, divenendo padre. Può supporsi ch'egli abbia voluto preferire degli estranei alla propria prole? Ma si dice: il testatore poteva rivocare il testamento, e non avendolo fatto, è questa una pruova ch'egli à intesa di conservare le sue disposizioni. Alla quale obiezione non è difficile rispondere, che dal principio che dopo la nascita del figlio poteva il testatore rivocare il testamento, non consegue che non avende fatto la rivocazione, à inteso conservare le disposizioni testamentarie: questa conseguenza non istà nella premessa; perciocchè, se valesse questo ragionamento, si potrebbe dire similmente, che sopravvenuta dopo il testamento, la inimicizia tra il testatore ed il legatario, non avende il testatore rivocato il testamento, si presume che il testatore à inteso conservarne la efficacia. Ma no: la legge pronunzia la rivocazione del legato, quantunque il testatore non ne avesse fatta la rivocazione espressa, per la ragione che si presume che il testatore non à istituito il legatario, che sotto la condizione tacita che non diverebbe suo nemico. Or tra queste condizioni tacite, ve n'è una più naturale e più favorevole, ed è quella che in un testamento fatto da un uomo che non à figli, si presume ch'egli vuole che il suo testamento sia rivocato in caso che gli sopravvengono— E più da vicino penetrando nella natura del cuore umano, si osserva che non sempre gli uomini non rivocano gli atti, perchè intendono conservarne le disposizioni, ma se ne differisce la esecuzione della rivocazione, massime quando risvegliano funeste reminiscenze. Quando si scrive il testamento, il pensiere della morte si presenta naturalmente con tutto il suo triste apparato, ciò che non produce certamente una piacevole sensazione. Quindi fatto una volta il testamento, il testatore non così facilmente si determina a rivocarlo con un altro atto, appena gli è nato un figlio; ma ordinariamente se ne differisce la rivocazione espressa, massime quando le forze della vita sono nel loro pieno vigore. Non vi è certamente un uomo così stolto da non credere alla morte, ma gli uomini, anche decrepiti, la credono lontana, ed intanto le cose di questo mondo vanno in modo, che mentre facciamo progetti, mentre nel vigore della vita alle umane grandezze gli uomini sono dediti, viene la morte, e troncando inaspettatamente lo stamo della vita, manda a vuoto tutte le terrene speranze, tutt'i progetti. Così essendo le cose, il legislatore à avuto gravi ragioni dettate dalla morale pubblica e dalle leggi del sangue, a presumere, che chi à fatto testamento, non avende figli, non à inteso preferire l'estraneo, laddove figli da legittimo matrimonio gli nascessero; e quindi dichiara rivocato il testamento. Al testatore non è ignota la disposizione della legge che reputa rivocato il testamento, e quindi se vuole persiste-

CAPITOLO VI.

Delle disposizioni permesse a favore de' nipoti del donante o testatore (1).

1003. I beni de' quali il padre e la madre hanno facoltà di disporre, pos-

V. gli art. 822, 911, 912, 1037.

---

re nella prima volontà, deve fare un nuovo testamento. In tal modo si concilia la libertà della facoltà di testare, con l'interesse de' figli che richiamano tutta la sollecitudine della legge.

Le stesse leggi antiche, indipendentemente dalla istituzione dell'erede, ci offrono luminosi esempi della rivocazione de' codicilli, i quali certamente non abbisognavano, per essere validi, di contenere la istituzione di erede, l. 19, ff. *de jure codicillarum*; l. 33, § 2, ff. *de testamento militis*. I codicilli fatti da chi moriva *ab intestato* non si rompevano per l'agnazione del postumo; ma se venivan fatti col testamento, rotto questo per l'agnazione del postumo, si rompevan anch'essi, l. 8 e penult. ff. *de jure codicil.*; l. 1., C. *de codic.* Ed è imperianto notevole, che se l'agnazione del postumo non rompeva i codicilli fatti *ab intestato*, pure il postumo non doveva contribuire al pagamento del legato, e lo stesso figlio gravato dal padre doveva il legato per la sua parte, se era divisibile, ma nulla doveva s'era indivisibile, l. penult. ff. *de jure codic.*; Cujacio sulla l. 76, ff. *de legatis 2.°* Che se per la l. 11, ff. *de jure codic.*, non era rotto il codicillo per l'agnazione del postumo, l'era perchè la specie ivi preveduta risguardava la libertà del servo, ch'era dalle leggi molto favorita: Cujacio, *quest. papin.*, in lib. 19, ad l. 11 ff. *de jure codic.* In somma il suffragio di scrittori di grave autorità riguardava la sopravvegnenza di figli, come causa sufficiente a rivocare i codicilli; ciò che dev'essere presso di noi de' testamenti, che non differiscono da' codicilli. Per il che, la rivocazione tacita, che nelle donazioni tra vivi prende origine dalla celebre legge *si unquam* (t. 1, nota 2, pag. 435) è applicabile a' legati.

Che diremo poi, quando nasce il postumo, o il testatore à fatto testamento ignorando la gravidanza della moglie? Abbiamo veduto, che gravi scrittori francesi, in questo, si pronunzino per la rivocazione, non potendosi supporre nel codice tanta durezza da sacrificare le più tenere affezioni del cuore umano; e lo stesso Durantan ch'è del sistema rigoroso di non doversi creare una causa di rivocazione non contemplata dalla legge, convinto che la legge è imperfetta non ammettendo la rivocazione per la nascita del postumo, è costretto a confessare: *dura lex, sed tamen est lex*. E noi possiamo fare alla legge lo stesso rimprovero, quando ci à col suo testo espresso di essere la sopravvegnenza di figli causa di rivocazione? Perchè dunque non dire, che lungi dall'esservi errore di citazione nell'art. 1001, o anche essendovi senza essersi poscia corretto, questo errore fortunato fa evitare al legislatore il rimprovero di esser duro, di aver sacrificato le affezioni del cuore umano, di non aver secondato lo scopo politico e morale cui le leggi debbono essere dirette? Per le esposte ragioni, a noi pare, che la sopravvegnenza di figli è causa di rivocazione de' legati; e s'intende già che questa risoluzione si applica allorchè il testatore all'epoca del testamento non aveva figliuoli, e non già quando avendone, gli sopravvengono nuovi figliuoli; perocchè in questo caso non lo sarebbe nemmeno una donazione tra vivi.

Nel chiudere questa materia, non bisogna omettere, che la premorienza del figlio al testatore produce l'effetto di conservare la sua efficacia il testamento, perciocchè è mancata la causa che avea dato luogo alla rivocazione. Nello stesso dritto romano, la premorienza del postumo impediva che il testamento si rompesse, se non per stretto rigore di dritto, per equità pretoria. *Posthumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet juris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere haeres scriptus potest: remque obtinebit, ut et divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt. Idcirco quae legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sunt, securi*; l. 12, ff. *de inj. irr. testam.*

(1) Considerazioni di grave interesse àn determinato il nostro legislatore ad ammettere la diredazione, che dal codice francese trovavasi col silenzio abolita. Si credette da' dotti compilatori di quel codice di utilmente rimpiazzare la diredazione con la *disposizione officiosa*, e noi nel t. 1, nota 1, p. 411 e 412 abbiamo qui rinviato i motivi per cui neanche la *disposizione officiosa* fu ammessa, sostituendosi ad essa il capitolo presente con la rubrica che vi si legge.

Negando a' genitori il potere di diredare il figlio, i compilatori del codice civile francese riconobbero di doversi almeno assicurare loro il modo d'impedire, che un figlio dis-

son donarsi da essi, in tutto o in parte, ad uno o a più de'loro figli con atti

---

sipatore scialacquando per la sua cattiva condotta il patrimonio della propria successione, lascia se i figli miserabili. Stimarono quindi nel progetto del codice di permettere al padre, sotto il nome di *disposizione officiosa*, di conservare i beni a'nipoti senza privarne il figlio: si credette conseguire questo scopo, riducendo il figlio all'usufrutto, e dando la proprietà a'nipoti. Tre condizioni si richiedevano, perchè questa disposizione avesse il suo effetto: 1.° Che la volontà del padre fosse espressa con testamento; 2.° Che la dissipazione del figlio fosse notoria ed allegata con precisione dal testatore, come la causa della diredazione; 3.° Che il figlio non si fosse corretto prima della sua morte.

Messo a discussione il progetto in parola, s'impegnò primamente nel consiglio di Stato una viva discussione, sotto un triplice punto di veduta: 1.° Se bisognava ammettere la *disposizione officiosa;* 2.° Se conveniva altresì estenderla in linea collaterale allo zio in favore del nipote; 3.° Se la disposizione officiosa poteva estendersi alla legittima. E dopo le più vive discussioni si convenne di non ammettere la disposizione officiosa per più motivi politici e civili, tra quali quello d'impedire che i tribunali, dovendo intervenire nel giudizio di disposizione officiosa per valutarne i motivi, entrassero a discussioni personali tra padre e figlio, ciò che non poteva essere consono alla morale ed alla politica. Locré, t. 5, p. 203 a 208, n. 6 a 12.

Esclusa la *disposizione officiosa*, si pensò di ammettere in sua vece una sostituzione fedecommessaria, la quale senza rinnovare gl'inconvenienti delle antiche sostituzioni, e senza contrariare il sistema generale dell'abolizione delle sostituzioni fedecommessarie, potesse risparmiare ad un avo o ad un zio la trista prospettiva di vedere, che i beni i quali à ammassati a forza di travagli e di privazioni, diventassero la preda di un figlio scialacquatore. Ma si volle evitare di adoperare la voce *sostituzione* per l'odio che si avea contro di esse, quantunque fossero le disposizioni in questo capitolo contenute, vere sostituzioni fedecommessarie. La lunga discussione avvenuta all'uopo nel consiglio di Stato di Francia si legge in Locré, t. 5, p. 211 a 218, n. 2 a 17, ed ecco come la ricapitola eloquentemente il sig. Bigot-Préameneu, nell'esposizione de'motivi:

«La legge stabilisce, egli dice, delle regole particolari a certe disposizioni tra vivi e di ultima volontà, ch'esigon misure loro proprie. Tali sono le disposizioni permesse a'padri, madri, fratelli e sorelle, le cui cure, prolungandosi nell'avvenire, loro avrebber fatto temere che i piccoli figli o i nipotini non divenissero sventurati per la cattiva condotta o le disgrazie di que'che lor diedero la vita.

«Nelle maggior parti delle legislazioni *(Qui l'oratore parla della diredazione, e lo squarcio di questo discorso è stato da noi riferito nel t. 1, p. 411.—Indi continua)*

«Frattanto convenne cercar un mezzo per conservare alla potestà de'genitori la forza necessaria senza opporsi alla giustizia.

«Si credette dapprima che si potrebbe ottenere tal fine, accordando a'genitori il dritto di ridurre quel figlio che si rendesse colpevole di una notoria dissipazione al semplice usufrutto della sua porzione ereditaria, ciocchè avrebbe assicurata la proprietà a'discendenti nati o da nascere da questo figlio.

«Nelle romane leggi s'indagò le tracce di questa officiosa disposizione; ma dopo un accurato esame si scoperse la maggior parte degl'inconvenienti della diredazione. La maggior potestà de'genitori deriva dalla natura, anzi che dalle leggi. Gli sforzi de'legislatori debbono tendere a secondare la natura ed a mantenere il rispetto ch'essa ispirò a' figli. Quella legge che accordasse al figlio il dritto di attaccare la memoria di suo padre e di tradurla a'tribunali qual colpevole di aver violato i suoi doveri con una ingiusta o crudele prescrizione, sarebbe una specie di attentato alla patria potestà; esso tenderebbe a degradarla nell'opinione de'figli: il primo principio in questo tratto di legislazione è di schivare per quanto sia possibile, di far intervenire i tribunali fra i genitori ed i loro figli. Egli è il più delle volte inutile e sempre pericoloso il rimettere fra le mani de'genitori delle armi che i figli possano combattere e rendere impotenti — Sarebbe stato un errore quello di credere che quel figlio ridotto all'usufrutto della sua porzione ereditaria non conoscerebbe lui stesso l'avvantaggio della sua posterità, e che non si lamenterebbe di una disposizione che gli lascerebbe il godimento intero delle rendite. Questa disposizione officiosa pe'figli sarebbe stata contro il padre si oltraggiata una reale interdizione, che avrebbe molto funestamente influito sulla sua fortuna, durante la sua vita. Come mai quello che fosse stato dichiarato dissipatore dal suo stesso padre avrebbe potuto presentarsi onde ottenere pubblici impieghi? Come otterrebbe ei la confidenza in qualunque genere di professione? Non era egli troppo pericoloso perpetuare gli effetti di una pena così grave, allorchè la causa potess'essere soltanto passaggera?

«Fu facile adunque di prevedere che tutt'i figli in tal guisa condannati da'loro genito-

tra vivi o di ultima volontà, coll'obbligo di restituirli a'figli nati e da nasce-

---

ri, si presenterebbero a'tribonali; con qual ovvontaggio non comparirebbero? La dissipazione si forma da uoa serie di atti che la legge non può determinare: ciò che in un caso è dissipazione, non lo è in un altro. Il primo giudice, quegli la cui voce sarebbe si necessario di sentire onde conoscere i motivi della sua decisione, più non esisterebbe—Sarebbe mai possibile d'imaginarsi una scena più contraria a'buoni costumi, di quella di un avo, la cui memoria sarebbe oltraggiata dal suo figlio ridotto all'usufrutto, nel tempo stesso in cui la condotta di questo figlio medesimo sarebbe cognita a'propri suoi figli? Questa famiglia non diverrebbe lo scandalo ed il disordine della società? A qual epoca potrebbesi sperare di veder nascere il rispetto de'figli per i loro padri? Avrebbe mollo male soddisfatte le sue viste quel padre di famiglia, cho nel ridurre suo figlio all'usufrutto, non avesse avuta cho una intenzione di beneficenza verso i suoi nipotini; ma se avesse previsto le conseguenze fatali che ne risulterebbero da tali disposizioni, non se ne sarebbe egli astenuto?

«La legge che ammise questa disposizione fu pur viziosa in ciò, che la riduzione all'usufrutto poteva applicarsi alla porzione ereditaria per intero. Questo era attentare al dritto della legittima che fu fin qui riguardato come non riducibile da'medesimi genitori, se non nel caso di diredazione. Lo dissipazione notoria adunque non è stata mai cagione di diredazione, ma solo d'interdizione suscettibile di esser levata, mancando la causa.

«Abbenchè la disposizione officiosa, tal quale se l'aveva dapprima conosciuta, fosse suscettibile d'inconvenienti che impedirono di ammetterla, nulladimeno l'idea era giusta ed utile. L'errore non sarebbe stato meno grande, se non se si fosse conservata modificandola—Bisognava evitare da un lato, che la disposizione officiosa non fosse un genere di discordie e di rispettive accuse, e dall'altra che non fosse violata la legge che sottraea una certa quota di beni alla volontà del genitore.

«Si trovano riunite tali condizioni, concedendo a'genitori la facoltà di assicurare ai loro figliuolini la porzione de'beni, di cui la legge loro permette disporre. Essi potranno assicurarla, dandola ad uno o più de'loro figli, e questi saranno obbligati di darla a'loro. Voi vedeste che la porzione disponibile lasciata al padre sarà sufficiente per arrivare alla metà proposta; riguardo alla fortuna di ciascuno, essa sarà abbastanza considerabile se potrà preservare i figliuolini dalla miserie, cui li esporrebbero la cattiva condotta o le disgrazie degl'infelici loro genitori.

«L'avo non può sperare dalla legge una facoltà più estesa di quello di cui abbisogna, non ascoltando che i sentimenti di un'affezione puro rispetto alla sua posterità; d'altronde la quota riservata a'figli è di dritto pubblico; la sua volontà, abbenchè ragionevole, non può derogarvi.

«Allorchè è imposto il peso di rendere i beni, questo dev'essere a favore della posterità del figlio che n'è gravato, senza veruna preferenza per l'età o sesso, e non solo a profitto de'figli nati al momento della disposizione, ma pur anco di quelli che avessero a nascere.

«È preferibile questo mezzo a quello della disposizione officiosa; la riserva legale rimane intatta; la volontà del padre non si applica che a que'beni di cui egli è l'arbitro di disporre; essa non può essere nè contrastata, nè compromessa; essa non porta più il carattere d'una pena contro quel figlio che à il carico della restituzione; essa potrà applicarsi al figlio dissipatore, come a quello che di già avesse avuto delle disgrazie, o che fosse esposto ad averne.

«Non è difficile che i genitori, soli giudici de'motivi che gl'inducono a disporre in tal modo della porzione di loro fortuna coll'obbligo di renderla, abbiano solo la volontà di preferire ad un tratto il figlio al quale ne concedono l'usufrutto ed alla sua prole. Ma la legge li lascia arbitri di disporre a profitto di quello fra loro figli che più lor piace, e si deve molto meno temere una cieca preferenza, allorquando le facoltà debbono passare dal figlio gravato di restituzione a tutt'i nipoti senza distinzione, ed al primo grado solamente.

«Sta in questo spirito di conservare le famiglie, che la proposta legge estese a colui che muore, non lasciando che fratelli o sorelle, la facoltà di gravarli della restituzione sino alla concorrenza della porzion disponibile a beneficio de'figli di ognuno de'gravati.

«Si rimarca, che la facoltà accordata a'genitori di concedere ad uno o più de'loro figli tutta o porzione delle facoltà disponibili, coll'obbligo di restituirle a'loro figli, cioè a'suoi nipoti, à poca relazione coll'antico regime delle sostituzioni, che non gli si diede nemmeno il nome.

«È una sostituzione, in quanto che vi è trasmissione successiva del figlio donatario ai suoi figli medesimi. Ma è contrario alle antiche sostituzioni, in quanto che l'oggetto della facoltà concessa a'genitori e fratelli, non è di creare un ordine di successioni e di scon-

re, nel primo grado soltanto, do'detti donatarj (1).

1004. In caso di morte senza figli sarà valida la disposizione fatta dal defunto con atto tra vivi, o per testamento, a vantaggio di uno o più de' suoi

---

volgere i dritti naturali di que'che la legge avrebbe chiamati, ma piuttosto di mantenere quest'ordine e questi dritti in favore di una generazione che ne fossa stata privata.

«Nello antiche sostituzioni questo era un ramo che veniva preferito all'altro: nella nuova disposizione questo è un ramo minacciato e che vuolsi conservare ». Locré, t. 5, p. 332 a 334, n. 70.

Esposto qual è lo spirito delle sostituzioni permesse, non sarà molto difficile la dissmina delle quistioni che presentano gli articoli in questo capo contenuti, e che si riferiscono a' seguenti oggetti: 1.° Quali persone possona sostituire o esser chiamate o gravate, art. 1003, 1004, 1006 a 1007; v. la nota seguente. 2.° Con quale atto si può sostituire, art. 1003 e 1004; nota seguente, pag. 168. 3.° Quali beni possono essere sostituiti e sino a quale concorrenzo, art. 1003 o 1004: e nota 1, pag. 168. 4.° Dell'apertura e dell'estinzione delle sostituzioni, e loro effetti; nota 1, pag. 170. 5.° De'dritti ed obbligazioni del gravato durante il godimento, e de'dritti del sostituito durante la condizione; nata 1, pag. 171. 6.° Delle formalità prescritte nell'interesso de'chiamati e de' terzi, art. 1011 a 1030.

(1) Gli art. 1003 a 1007 stabilisconn quali persone possono sostituire, quali possono essere grovate e quali chiamate, non che con quali atti la sostituzione può aver luogo. Per non scindere adunque il principio da cui derivano queste disposizioni, comenteremo complessivamente i citati art., suddividendo questa nota in 3 §.

I.

Quali persone possono sostituire.

La sostituzione può aver luogo nella linea oscendentale e nella collaterole.

I. *Della sostituzione permessa agli ascendenti*—Il testo dell'art. 1003 permatte, nella linea ascendentale, *al padre ed alla madre* di gravare di sostituzione i beni disponibili che lascisno a' loro *figli*.

Lo prima quistiune che si è olevata si è di vedere, se l'avo può gravare il nipote, laddove il padro di costui è premorto. Per la negativo (adottata da Taullier, t. 5, n. 723 e da Rolland Villargues nel rep. di Favard, v. *subst.*, c. 2, sez. 2, § 1, n. 6) si può dire: 1.° Che lo espressioni dell'art. 1003 *padre madre* e *figli* escludono dalla facoltà di sostituire gli altri ascendenti; 2.° Che nella discussiane dell'art. in esame, il Tribunato di Francia (Locré, t. 5, p. 300, n. 67) avea proposto di estendere *agli avi* la facoltà che l'art. 1003 non accorda che al *padre* ed alla *madre*, con modificarsi così la compilazione dell'art., *i beni di cui i padri e le madri e gli* ALTRI ASCENDENTI, etc., *a uno o più de' loro figli* o *discendenti successibili;* ma questa emenda non si è adottata; 3.° Il sig. Iaubert, rolatore del Tribunata, oel suo rapporto al Tribunato (Locré, t. 5, p. 360, n. 71) si espresse così: *l'ascendente non sarà che il padre o la madre (la disposizione non sarà giammai permessa all'avo)*.—Per quanto fossero gravi queste ragioni, noi ammettiomo la coutraria opinione inseguata dagli autori delle Pandette francesi, t. 4, p. 506, da Delvincourt, lib. 3, tit. 4. noto 356, da Duranton, t. 9, n. 252. I motivi in vero, che fanno ammettere lo sostituzione quando è il padre che dona, sono evidentemente applicabili all'avo; e sarebbe d' altronde incancludente, che si ommettesse nella linea collaterale nel secondo grado, negondosi all'ascendente che si presume di over per la sua discendenza maggior interesso del collaterole. Che la parola *figli* odoperata nell'art. 1003 dove prendersi nel senso di *discendenti*, l. 84 ff. *de verb. signif.*, ort. 830, 1038; e nella materia in quistione l'art. 1004 adopera la parola *figli* nel senso di discendenti. Che se la emenda proposta dal Tribunata non si veda adottata, non l'è perchè è stata rigettata, poichè il processo verbale del Consiglio di Stato è muto su di ciò, ma à potuto darsi che per omissione non à avuto luogo, o pure perchè si è creduta inutile. In una parola, è conforme allo spirito della materio il permettere all'avo la sostituzione, e se strettamento parlando la lettera dell'ort. 1003 si presta olla opinione contraria, lo spirito della legge è per la opinione che sosteniamo.

Uno seconda quistione si è, se un padre che à un figlio, i cui figli premorti ànno lasciato figli, possa donare a suo figlio coll'obbliga per parte di costui di restituire a'suoi nipoti. Toullier, t. 5, n. 726, è di opinione che i nipoti del donatario trovandosi nel *secondo grado* del gravato, l'obbligo a costui imposto dal donante diverrebbe caduco, poichè l'ort. 1003 stabilisce che i soli figli nel *primo grado* possono essere chiamati alla restituzione.

fratelli o sorelle, di tutti o parte de' beni che non sono riservati dalla legge nella di lui eredità, con obbligo di restituirli a' figli nati e da nascere, nel primo grado solamente, di essi fratelli o sorelle donatarie.

V. gli art. 825, 831, 832, 941, 948, 1037.

D'altronde Toullier invoca l'autorità di Iaubert che nel rapporto al Tribunale (Locré, t. 5, p. 360, n. 71) si espresse così: *l'ascendente non potrà estendere la sua previdenza oltre i figli di suo figlio*—Questa interpetrazione è troppo grammaticale, o non è stata adottata da Maleville, sull'art. 1048 (1003), da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 357, o da Duranton, t. 9, n. 526. In primo luogo i motivi dell'art. 1003 sono applicabili al proposto caso, perciocchè l'affetto paterno merita lo stesso riguardo, o che abbia per oggetto i figli, o la prole di un figlio dissipatore. L'art. 1003 parla de' figli *in primo grado* nel senso d'impedire che la sostituzione si estendesse al secondo grado e rinnovare gl'inconvenienti che presentavano le antiche sostituzioni. Ma quando i figli del figlio gravato sono premorti, l'obbligo di restituire a'nipoti non si estende certamente al di là del primo grado. In somma, *per primo grado del donatario o legatario* sembra che i compilatori del codice abbiano voluto intendere il grado più prossimo: or, il più prossimo grado è quello che non è preceduto da alcun altro, come nel rincontro; *proximus est cui nemo antecedit: supremus est, quem nemo sequitur*, l. 92, ff. *de verb. signif.*

II. *De' fratelli e delle sorelle, cui è permessa la sostituzione*—Abbiamo veduto nella nota precedente per quali motivi il codice accorda nella linea collaterale la facoltà di sostituire in primo grado. Qui dobbiamo aggiungere, che l'art. 1004 esige che i fratelli e le sorelle (o la legge non distingue se unilaterali o bilaterali) possono gravare di sostituzione i loro fratelli e sorelle, *in caso di morte senza figli*; o qui la parola *figli* si prende evidentemente per *discendenti*, l. 80, ff. *de verb. signif.* Se dunque il fratello lascia figli all'epoca della sua morte, la disposizione, fosse anche della sola disponibile, fatta al fratello o alla sorella coll'obbligo di restituire a'loro figli, diviene nulla, sia che i figli del donante siano nati prima o dopo la disposizione. In ciò queste specie di donazioni sono meno favorite dello donazioni ordinarie tra vivi, le quali non si rivocano per sopravvegnenza di altri figli, quando al tempo della danazione aveva il donante figli viventi.

Ma la sopravvegnenza de' figli produrrà la rivocazione della disposizione, se i figli sono morti prima del disponente? Non vi è dubbio pel caso in cui la disposizione è stata fatta con testamento, perciocchè le disposizioni testamentarie non avendo effetto che dopo la morte del testatore, si è avverato il caso della morte senza figli, o quindi la disposizione deve avere il suo effetto. Ma quando la disposizione è fatta con atto tra vivi, il caso proposto si è messo in quistione. Gli autori delle pandatte francesi, t. 4, p. 512 e Rolland Villargues nel rep. di Favard, v. *subst.*, § 6, n. 17 portano avviso, che con le parole dell'art. 1004, *in caso di morte senza figli*, si è voluto nello disposizioni coll'obbligo di restituire, modificare il principio stabilito per le donazioni ordinarie dall'art. 889, così che la disposizione in disamina non è rivocata *ipso jure* per la sopravvegnenza di figli, ma rimane la donazione semplicemente sospesa per la nascita del figlio, da ripigliare tutta la sua forza nel caso di sopravvivenza del donante. Questa dottrina è stata contraddetta da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 354, da Grenier, t. 9, n. 360 e da Duranton, t. 9, n. 527 o 528, per la ragione che giusta l'art. 885 tutte le donazioni sono di pieno dritto rivocate per sopravvegnenza di figli, senza che potessero rivivere per la morte del figlio la cui nascita aveva operata la rivocazione, art. 889. La rivocazione di pieno dritto delle donazioni per sopravvegnenza di figli è fondata sopra considerazioni di gravi interesse: la disposizione coll'obbligo di restituire non è meno una vera donazione, e per non essere compresa nella sanzione dell'art. 885, sarebbe stata necessaria una eccezione concepita in termini precisi.

II.

De' gravati di restituzione, ed a profitto di chi debbe aprirsi la sostituzione.

Diconsi gravati di restituzione, o semplicemente *gravati*, i donatari obbligati a restituire i beni. Diconsi chiamati alla sostituzione, o semplicemente *chiamati*, i figli a' quali debbono essere restituiti i beni, art. 1009 e 1010.

I. *Quali persone possono gravarsi di sostituzione*—Si raccoglie dagli art. 1003 e 1004, che i figli del disponente, o i costui fratelli o sorella possono gravarsi di restituzione. Nel § precedente abbiamo esaminato se i nipoti *ex filio* possono esser gravati.

II. *Delle persone chiamate alla sostituzione*—I chiamati debbono essere i figli del gravato, o la disposizione dov'essere fatta a profitto di tutt'i figli *nati e nascituri* del medesimo, senza distinzione di età o di sesso, art. 1003, 1004, e 1006. Per regola generale sancita

V. gli art. 1025, a 1028,

1005. I figli del gravato, ne'casi espressi ne'due articoli antecedenti, succederanno ne'beni come sopra donati, per proprio diritto, senza che il padre o la madre potesse imporvi loro alcun peso.

---

nell'art. 822, gl'individui che non sono nati non possono ricevere un legato o una donazione. Quali motivi à potuto avere il legislatore per derogare nelle sostituzioni a questo principio? La sostituzione deve profittare a tutt'i figli del gravato, perchè i figli del padre dissipatore sono egualmente cari al disponente, e la conseguenza di questa presunzione è di obbligarlo a comprenderli tutti nella sua liberalità: non si potrebbe, senza sanzionare un capriccio, permettergli di chiamare un solo de' nipoti alla sostituzione. E diceva sul proposito Napoleone nel consiglio di Stato: « l'avo malcontento di suo figlio gli preferisce i » suoi figliolini. Un solo di questi ultimi esiste allora: l'avo lo chiama, non perchè lo pre» ferisce a'suoi fratelli, ma perchè non gli è permesso di scegliere che tra questo nipote » unico, ed il proprio figlio. L'avo muore; de'fratelli sopravvengono al chiamato; e questi » fratelli che sarebbero stati egualmente chiamati se fossero vissuti nel momento del te» stamento, si trovano contro il voto del testatore, diredati senza richiamo. Vi sarebbe » in ciò una ingiustizia crudele ». Locré, t. 5, p. 218, n. 16—In conseguenza, se l'obbligo di restituire comprendesse i soli figli *attualmente nati*, la disposizione sarebbe nulla, ancorchè al gravato non ne fossero nati altri. Rolland Villargues, nel rep. di Favard, v. subst., § 6, n. 12.

E l'art. 1005 spiega che i chiamati succedono per dritto proprio ne' beni sostituiti. Nel codice francese non era testalmente consacrato questo principio, che per altro è una conseguenza della natura della sostituzione. I chiamati in vero ripetono il loro dritto direttamente dal donante; e quindi non succedono nei beni sostituiti come eredi del gravato: possono i costui figli rinunciare alla eredità del gravato, e ritenere i beni sostituiti, senza rispettare le obbligazioni impostovi dal defunto, il quale non avea alcun dritto di gravare i beni sostituiti di alcuna obbligazione. I chiamati adunque essendo i figli del gravato, debbono rinunciare o accettare la costui eredità col beneficio dell'inventario per non esser tenuti del fatto del gravato: accettando puramente o semplicemente l'eredità del gravato di cui sono eredi presuntivi, non potrebbero revindicare i beni alienati del gravato per la massima, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (*).

Al principio che alla sostituzione debbono essere chiamati i figli *in primo grado* del gravato, l'art 1007 (**) contiene una eccezione a favore de'discendenti del chiamato predefunto, i quali possono per dritto di rappresentazione raccogliere la quota dovuta al predefunto chiamato. Tale rappresentazione dovrebb'essere negata nel rigore de'principi, poichè per regola non viene ammessa nelle disposizioni tra vivi o testamentarie (v. nel t. 1, nota alla pag. 262 n. 111); ma il favore della discendenza del gravato avendo determinato il legislatore a permettere questa specie di sostituzione, sarebbe stata una ingiustizia negare a'figli del chiamato predefunto il dritto di rappresentazione, senza del quale verrebbero esclusi dai chiamati in primo grado.

È la disposizione dell'art. 1007 à dato luogo ad una grave quistione, la quale consiste nel conoscere se, quando il chiamato o tutt'i chiamati sieno premorti al gravato, ed abbiano rimasti discendenti, la sostituzione sia caduca, non ostante l'esistenza di questi discenden-

---

(*) Non ignoriamo che tra gli scrittori francesi si è impegnata la quistione, se i figli del gravato accettando puramente e semplicemente la costui eredità, possano revindicare i beni alienati dal gravato, e si sono pronunziati per l'affermativa Toullier, t. 5, n. 769, Grenier, n. 382, Rolland Villargues, nel rep. di Favard, v. *subst.* c. 2, sez. 2 § 2 n. 8, e gli autori delle pandette francesi sull'art. 1069 (1025). Essi si fondano sull'ordinanza del 1747, tit. 2, art. 31, nel quale si dice che l'apertura della sostituzione opera la risoluzione delle alienazioni e pesi, benchè il sostituito si trova egualmente *erede puro e semplice* del venditore; dovendosi però rimborsare interamente il compratore del prezzo dell'alienazione, spese ed esiti verificati. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 379, e Duranton, t. 9, n. 587 sono di contraria opinione, e la costoro dottrina presso di noi non può andar soggetta a difficoltà per due ragioni che ci sembrano potentissime: 1.° L'ordinanza del 1747 derogava al dritto comune, ed oggi non può presso di noi formare alcuna autorità, massime perchè pel nostro dritto comune antico il sostituito ch'era puro e semplice erede del gravato, dovea rispettare il fatto di costui; 2.° Che le regole e gli effetti dell'accettazione pura e semplice non avendo ricevuto in questa materia alcun'eccezione, debbono ricevere tutta la loro applicazione.

(**) Il corrispondente art. 1051 del codice francese contiene altra redazione. Eccone le parole:

« Se ne' suddetti casi il gravato di restituzione a favore de' suoi figli muoja lasciando figli in primo » grado, e discendenti di un figlio premorto, questi ultimi conseguiranno per dritto di rappresentazio» ne la parte del figlio premorto ».

1006. Le disposizioni permesse ne' precedenti articoli non saranno valide, se non quando l'obbligo di restituzione torni a vantaggio di tutti i figli nati o da nascere del gravato, senza eccezione o preferenza di età o di sesso.

V. l'art. 822.

---

ti; o se al contrario costoro vi abbiano dritto per rappresentazione del loro padre o madre premorti. Per la rappresentazione si sono pronunziati Maleville nell'art. 1051 (1007) e Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 358; ma la caducità della sostituzione è insegnata dagli autori delle pandette francesi, t. 5, p. 415, da Grenier, n. 361, da Teullier, t. 5, n. 727, da Rolland Villargues nel rep. di Favard, v. *subst.*, c. 2, sez. 2, § 1, n. 16; da Duranton, t. 9, n. 548. In sostegno di questa risoluzione si dice: 1.° Che la legge dichiara valida la sostituzione solo in favore de' figli nati e nascituri del donatario e legatario, e che l'eccezione stabilita nell'art. 1051 (1007), in favore de' figli e discendenti del figlio premorto, è ristretta al caso della concorrenza di questi discendenti con gli altri figli del gravato: fuori questo caso non può trattarsi pe' nipoti, circa a' beni sostituiti, se non di un dritto successivo; 2.° Che la congiunzione *se* adoperata nell'art. 1051 è esclusiva della rappresentazione per tutt'altro caso, che quello che vi è preveduto, cioè della concorrenza dei figli in primo grado del gravato, a de' figli di un altro chiamato premorto—Presso di noi sembra di doversi adottare la prima opinione, poichè la redazione del nostro art. 1007 è ben diversa da quella dell'art. 1051 del codice francese, ed è notevole che nel nostro art. 1007 il legislatore non solo à evitato la congiuntiva *se*, ma à altresì evitato di prevedere la concorrenza de' figli del gravato o de' discendenti di altro figlio premorto; ma à chiaramente detto, i *discendenti del chiamato predefunto ànno il dritto di prendere la porzione del loro ascendente per dritto di rappresentazione*, *QUANDO ANCHE ESISTESSERO ALTRI FIGLI DEL PRIMO GRADO*. Con le parole *QUANDO ANCHE* si è voluto dichiarare, che il dritto di rappresentazione à luogo non solo quando esistono figli in primo grado co' quali concorrono figli di uno de' chiamati predefunto, ma anche quando tutt'i chiamati in primo grado sono predefunti. I motivi inoltre che fecero ammettere le sostituzioni di cui si tratta militano a favore de' nipoti del gravato; ed importa non solo a' figli del gravato, ma anche a' suoi discendenti di esser garantiti contro le sue prodigalità, per mezzo della conservazione de' beni sostituiti.

Quistioni generali che offrono in complesso gli art. 1003 a 1007, in quanto alle persone gravate e chiamate:

1.° La prima quistione è di sapere se, per fare validamente una sostituzione secondo che la permettono gli art. 1003 e 1004, sia necessario di esprimere che l'obbligo di restituire è a profitto di tutt'i figli nati o da nascere, senza eccezione nè preferenza di età e di sesso; o se basti che dalle parole del testatore si possa indurre esser tale la sua intenzione. E si decise dalla Cassazione di Parigi con arresto del dì 31 marzo 1807 (in Merlin, rep., v. *subst.* sez. 5, § 2) che non è necessario che letteralmente si scrivano le parole figli *nati e nascituri*: il sol'obbligo di restituire a' suoi figli comprenderebbe i nati e nascituri, femmine e maschi. Teullier, t. 5, n. 730; Rolland Villargues, v. *subst.*, sez. 5, § 2, n. 11; Duranton, t. 9, n. 543.

2.° Quando un ascendente o un fratello chiama alla sostituzione che stabilisce, i figli nati e da nascere dal sostituito, unitamente ad altre persone, la nullità della chiamata delle seconde produce mai la nullità della chiamata de' primi, o per conseguente la nullità dell'intera disposizione? La Cassazione di Parigi con arresto del dì 26 giugno 1811 (in Merlin, rep., v. *subst. fideic*, sez. 1, § 14, n. 3) decise per la nullità dell'intera disposizione, pel motivo che ogni sostituzione trovandosi fuori del caso dell'art. 1049 (1004) ricade interamente sotto il divieto dell'art. 896 (943) e produce secondo lo stesso articolo la nullità della disposizione. Questa decisione viene approvata da Merlin, ibid, sez. 5, § 2, n. 5, da Rolland Villargues, ibid., n. 13. Noi crediamo che per le nostre *leggi civili* debba decidersi nel senso contrario alla giurisprudenza francese, per la ragione che il principio dell'art. 896 del codice francese, che la nullità della sostituzione debbe operare la nullità della istituzione, è stato cangiato dal nostro art. 943: vedi la nota alla pag. 85, § 2.

3.° La terza quistione è quella di sapere se, quando un testatore sostituisce, ad uno degl'istituiti i suoi figli nati e da nascere, e non sostituisce all'altro che i figli attualmente nati, la nullità della seconda sostituzione impedisca che la prima abbia il suo effetto. La corte di Bruxelles nel dì 1 luglio 1808, giudicò che la prima sostituzione dove avere il suo effetto, malgrado la nullità della seconda; e questa decisione è approvata da Merlin, rep. v. *subst. fideic.* sez. 1, § 14, n. 3, e sez. 5, § 2, n. 4.

4.° Se la sostituzione è fatta non solo a favore de' figli del gravato, ma l'obbligo di restituire è imposto anche a favore de' pronipoti, è nulla l'intera disposizione, o pure si ridurrà l'obbligo di restituire a favore soltanto de' figli in primo grado del gravato? Rolland,

V. l'art. 660.

1007. Le sostituzioni anzidette non potranno oltrepassare il primo grado. Nondimeno i discendenti del chiamato predefunto hanno il diritto di prendere la porzione del loro ascendente per diritto di rappresentazione, quando anche esistessero altri figli del primo grado.

1008. Se il figlio, il fratello o la sorella, cui fossero stati donati beni con atto tra vivi senza obbligo di restituzione, accettino una nuova liberalità con atto tra vivi o per testamento, sotto condizione che i beni precedentemente donati rimangano gravati di questo peso, non è più loro permesso di dividere le due disposizioni, e di rinunziare alla seconda per attenersi alla prima, quando anche offerissero la restituzione de'beni compresi nella seconda disposizione(1).

---

nol rep. di Favard, c. 2, sez. 2, § 1, n. 14, e Duranton, t. 8, n. 31 o t. 9, n. 531 opinano per la nullità dell'intern disposizione. Toullier t. 5, n. 729 reputa nulla la seconda parte soltanto della disposizione che estende lo sostituzione a due gradi: *utile per inutile non vitiatur*. Lo dottrina di Toullier è tanto più da seguirsi, presso di noi, in quoto che l'art. 943 si presto chioromento all'assunto.

5.° Do ultimo convien esaminaro, so il gravato non volendo o non potendo accettore, possa appartenero o'chiomati il beneficio dello disposizione. La risoluzione di questa quistione sarà data nello pag. 171, n. IV, 3.°

III.

Degli atti co' quali può sostituirsi.

Lo formalità ordinarie delle donozioni tra vivi e de'testamenti sono comuni agli atti che contengono una sostitazione, ort. 1003 e 1004. Se non che è da osservarsi, in quanto alle sostituzioni rocchiuse in una donaziono tra vivi, che, se per regola sancita nell'art. 856 l'accettazione è essenziale per lo validità della donazione, evidentemente non è richiesta la accettaziono de'futuri chiamati che possono non essere *in rerum natura* oll'epoca della confezione dell'atto. Basta adunque la semplice occettazione del donatario gravoto, per essere efficace la sostituzione, senza che il donotario debba dichiarare (come facevasi per le antiche nostre sostituzioni) per se e *suoi discendenti*. Lo sostituziono è un obbligo, una condiziono della donazione, e cho può stipularsi per un terzo, quantunque non sio parte dell'otto, quando tale è la condiziono di una donazione cho si fa ad un altro. Toullier, t. 5, n. 735; Dolvincourt, l. 3, tit. 4, nota 352.

(1) Questo ort. ci da occasione ad esaminare: 1.° Quali beni possono essere sostituiti; 2.° Fino a quale concorrenza; 3.° Effetti della sostituzione su'beni precedentemente donati senza quest'obbligo.

I. *Quali beni si possono sostituire* — Non si dubita che gl'immobili sono passibili di sostituzione fedecommessaria. Questo insegnovano per le antiche sostituzioni lo instituta di Giustiniono tit. *de singulis rebus per fideicommissum relictis*, e tanto risulta dall'art. 1025.

Nelle stesse instituta e nello stesso titolo, si permetteva di sostituir mobili, ed il codice mantiene queste disposizioni del dritto romano con talune modificazioni negli art. 1019 e 1020.

I beni incorporali mobili o immobili, de'quali parlono gli art. 449 o 452 sono oltresì passivi di sostituzione. Merlin, rep. v. *subst. fideicom.*, sez. 6, § 1, art. 3.

II. *Fino a quanto si può disporre de'beni gravandoli di sostituzione* — I beni di cui si à la facoltà di disporre possono essere gravati di sostituzione, dicono gli art. 1003 e 1004, e la ragione se ne è data nella nota 1, pag. 161 e seg. La sostituzione in vero non è che una disposizione dell'uomo, e sulla legittimo non si può imporre alcun peso, art. 829. Se dunque i beni sostituiti eccedono la porziono disponibile, i legittimari possono far ridurre la disposizione secondo le regole ordinorie stabilite negli art. 837 e seg. Toullier, t. 5, n. 731; Rolland, nel rep. di Favard, c. 2, sez. 2, § 2, n. 15; Duranton, t. 9, n. 533.

Ma se un padre dispone a favore del figlio sotto condizione, che anche la legittima è gravata di sostituzione, la disposiziono sarà valida onche per quel che riguarda la legittima? Nella pag. 90, porlando della sostituzione permesso a'termini dell'art. 945, ci pronunziammo per la negativo; ma si vede bene che i motivi di quella risoluziono non sono applicabili alla sostituzione di cui è parola in questo capo. Per il che, nel caso in disamina bisogna ricorrere ad altri principi. O la sostituzione à luogo per atto tra vivi, o per testamen-

1009. I diritti de'chiamati saranno aperti nell'epoca in cui per qualsivoglia causa il figlio, il fratello o la sorella gravata di restituzione, cesseranno di

---

to. Nel primo caso, la donazione non può cadere che su'beni presenti, art. 867, e per conseguente l'obbligo di restituire i beni che potrebbero spettare al donatario alla morte del donante, sarebbe nullo, non potendosi rinunciare a'dritti di una successione futura, art. 707. Su di ciò convengono Rolland Villargues, c. 2, sez. 2, § 2, n. 16; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 355; e Duranton, t. 9, n. 532: è per altro di contraria opinione Toullier, t. 5, n. 754—Ma se la condizione in disamina fosse posta in una disposizione testamentaria, Duranton t. 9, n. 532, reputa la condizione come non iscritta, perchè contraria all'art. 816, e perciò il prelegato deve aver luogo; ed aggiunge, che invano si direbbe che il testatore non avrebbe con ciò in verun modo attentato alla riserva, perchè il figlio può ricusare il legato, poichè sarebbe sempre vero che la condizione apposta a questo legato trovasi contraria alla legge. In sostegno della contraria opinione Rolland Villargues e Toullier, ibid., osservano che la condizione, nulla à di contrario alla legge, in ciò, che il figlio sarà libero di ricusare il dono per non sottoporsi all'obbligo. E Delvincourt ibid., ch'è dello stesso parere, fa di questa dottrina una dotta dimostrazione (*).

III. *Effetti della sostituzione su'beni precedentemente donati senza quest'obbligo*—L'obbligo di restituire i beni non può comprendere che le cose che appartengono al disponente, perciocchè se non può legarsi la cosa altrui, art. 975, per la stessa ragione non può aver luogo questa disposizione col vincolo della sostituzione. Ma puossi sostituire ciò che si è precedentemente donato? Per antico dritto si previdde e si decise affermativamente questa quistione, come si raccoglie dalle leggi 37, § 3, ff. *de legatis 3°*; 16, ff. *de mortis causa donationibus*; 4, C. *de donationibus quae sub modo*; 77, § 1 e 2, ff. *de legatis 2.°* Il codice moderno rinnova, per le disposizioni permesse a'padri, alle madri, a'fratelli ed alle sorelle, le disposizioni del dritto romano, con l'art. in disamina, che merita talune riflessioni:

1.° I beni precedentemente donati con atto tra vivi senz'obbligo di restituzione, per andar soggetti a quest'obbligo, è necessario che colui che à donato faccia una seconda liberalità con atto tra vivi o con testamento al donatario, *sotto condizione che i beni precedentemente donati rimangano gravati di questo peso*. Una seconda disposizione adunque è necessaria per imporre a'beni precedentemente donati l'obbligo della restituzione. Niuno può imporre a sè stesso il peso di restituire, e quindi il consenso del donante e del donatario, posteriore alla donazione, non sarebbe produttivo di effetto, se non contenga una nuova liberalità. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 359; Duranton, t. 9, n. 554.

2.° È necessario che la seconda liberalità a condizione che la prima renda i beni gravati, *sia accettata dal donatario*. È evidente, che il consenso del donatario accettando la se-

---

(*) Ecco come ragiona Delvincourt la sua opinione:

«Qualunque sia il dritto del legittimario sulla riserva, esso non è più forte nè più sacro del dritto di proprietà. Or, non v'ha dubbio che il testatore possa imporre al suo legatario l'obbligo di donare la sua propria cosa ad un terzo; e senza uscire dalla materia delle sostituzioni, noi vediamo dall'art. 1050 (1008) che il donatario tra vivi, il quale è certamente donatario degli oggetti donati, può quando anche la donazione fosse pura e semplice, esser gravato di restituzione riguardo a' beni che ne fanno parte, s'egli à accettato una seconda donazione che gli abbia imposto tal peso. D'altronde il testatore non può egli fare una disposizione in favore di uno de'suoi eredi legittimarî, sotto condizione che questi se ne contenterà per ogni dritto di legittima? e se il legittimario accetta la disposizione con piena cognizione di causa, si crede ch'egli sarebbe ascoltato se venisse quindi a reclamare un supplemento? Se dunque il testatore può imporgli quest'obbligo, perchè non potrebbe imporgli quello di restituire a' suoi figli? Invano si opporrebbero le leggi le quali dichiarano la legittima indisponibile in mano del padre. Nella specie, non è, propriamente parlando, il padre che ne dispone, ma il figlio medesimo che accettando la disposizione fatta col detto peso, è presunto disporre egli stesso della sua legittima, della quale certamente egli stesso à la libera disposizione dal giorno della morte del suo autore. Invano si direbbe ancora che il padre diviene così indirettamente padrone della legittima. Noi risponderemo ch'è dritto di tutt'i testatori di poter imporre de'sacrifizi a'loro legatari; e che il dritto del figlio alla legittima è sempre al coverto, poichè può, ricusando il legato, conservar la legittima intatta e senz'alcun peso.

«Ma non potrebbe farsi avverso questa dottrina una obiezione tanto più robusta, in quanto che potrebbe fondarsi sul interesse pubblico? Non si potrebbe dire che, nel dritto attuale, la proibizione di gravare la legittima è stabilita non solo nell'interesse de' legittimari, ma ancora per impedire che una troppa gran quantità di beni non sia tolta dalla circolazione, e che dietro ciò, le convenzioni delle parti non possono derogarvi, giusta l'assioma: *privatorum pactionibus juri pubblico non derogatur?* Ma si può rispondere: ciò che prova che la proibizione di gravar la legittima è stabilita unicamente sull'interesse del legittimario, e fondata sul principio che non si può imporre peso se non a' beni cui si può donare o non donare, si è ch'è permesso di gravare di restituzione il fratello per la totalità della successione. Non è dunque che la qualità di figlio la quale si oppone a far gravare la legittima. È quindi unicamente nell'interesse del figlio che la proibizione è stabilita. Ora, *unusquisque potest renunciare juri in sui favorem introducto*; e ciò posto, gli argomenti cennati riprendono tutta la loro forza.

V. gli art. 705 e 1120.

possedere i beni. L'abbandono anticipato de' beni a favore de' chiamati non pregiudica i creditori del gravaro anteriori all'abbandono (1).

---

conda liberalità può prodarre vincolo. Se la seconda donazione è per atto tra vivi, l'accettazione deve aver luogo nelle forme ordinarie, art. 856 e seg. Se è contenuta in un testamento, l'accettazione del legato forma il *vinculum juris*.

3.° L'art. in esame non richiede che i beni compresi nella seconda disposizione sien pur essi gravati di restituzione, per poter imporre tal vincolo a' beni precedentemente donati senza peso. Può quindi avvenire che i beni liberi precedentemente donati rimangano gravati di sostituzione, senza che i beni legati o donati col secondo atto sieno vincolati dello stesso peso. Delvincourt, t. 3, tit. 4, n. 359; Duranton, t. 9, n. 555.

4.° Spetta al legatario o donatario di vedere se gli convenga accettare la donazione o il legato che gli viene offerto a queste condizioni. Ma quando à egli accettato la seconda disposizione, non può liberarsi più dall'obbligo che gli viene imposto: egli è irrevocabilmente legato colla sua accettazione.

5.° Le parole dell'art. in esame offrono, che con una seconda disposizione possono soltanto gravarsi i beni *precedentemente donati*. L'obbligo adunque di restituire, sarebbe in parte senza effetto, se contenesse beni che al donatario non erano pervenuti dal donante. Lo spirito della legge è stato quello di restringere e non già di estendere le sostituzioni. La condizione di restituire perciò beni non provenuti dal donante deve, perchè contraria alla legge, reputarsi come non iscritta, 816. Toullier, t. 5, n. 732; Duranton, t. 9, n. 554.

6.° La sostituzione esiste per volontà del donatario, il quale si sottopone al obbligo della restituzione. Da ciò consegue che i dritti de' terzi acquistati anteriormente alla seconda disposizione, non possono essere in minima parte pregiudicati, e su di ciò convengono Grenier, n. 362; Toullier, t. 5, n. 733; Duranton, t. 9, n. 556; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 360. E quest'ultimo scrittore giudiziosamente fa osservare, che l'atto contenente l'obbligo della restituzione dev'essere trascritto per potersi opporre a' terzi, come anche il primo atto, perchè contiene la disposizione. La trascrizione deve farsi all' ufficio delle ipoteche del luogo ove sono situati i beni compresi nell'atto.

(1) Da questo articolo prendiamo occasione di esaminare: 1.° Le cause che producono l'apertura della sostituzione; 2.° Quali sono i suoi effetti; 3.° Quali sono i dritti de' sostituiti prima di aprirsi la sostituzione; 4.° Dell'estinzione delle sostituzioni.

I. *Cause che producono l'apertura della sostituzione* — Queste cause sono:

1.° La morte del gravato. Durante la vita di costui, i chiamati non ànno che un semplice dritto di aspettativa; o in altri termini, il gravato è proprietario (v. la p. 172), ed all'epoca della sua morte si verifica la condizione a favore de' chiamati, poichè non prima di quell'epoca si può conoscere quali sieno i figli nascituri del gravato. Toullier, t. 5, n. 780.

2.° La condanna del gravato alla pena dell'ergastolo opera l'apertura della sostituzione, art. 16 *leggi penali*. Ma i figli che nascono al condannato dopo la condanna, avranno il dritto di reclamare la loro quota? A noi sembra di sì, quantunque questi figli non avessero dritto alla successione paterna, come abbiamo dimostrato nel t. 1, nota 1, p. 12 e seg. Imperciocchè, se giusta l'art. 16 delle *leggi penali*, si apre per la condanna, la *successione* del condannato, i figli del gravato non vengono a reclamare la loro quota nella *successione* paterna, ma domandano per dritto proprio la quota de' beni sostituiti, art. 1005. I beni sostituiti non formano parte della successione del gravato, il chiamato *capit a gravante et non a gravato*, ed il delitto di costui che gli à meritato la perdita de' dritti civili, non può pregiudicare i dritti de' figli che nascono dopo la condanna, o che sono chiamati direttamente dal disponente. Il matrimonio è indissolubile, e la condanna all'ergastolo non lo scioglie (t. 1, pag. 13,): verificata quindi la condizione della nascita de' figli, il voto del disponente dev'essere eseguito.

3.° L'abbandono anticipato per parte del gravato dà luogo all' apertura della sostituzione, dice l'art. in esame 1009. Ognuno può rinunciare ad un dritto introdotto in suo favore, purchè non offenda i dritti del terzo. È perciò che l'art. soggiunge: *l'abbandono anticipato de' beni a favore de' chiamati non pregiudica i creditori del gravato anteriori all'abbandono*. Per la l. 19, ff. *quae in fraudem creditorum*, non avevano i creditori questa azione, ammeno che non provavano la frode.

L'art. parla dei *creditori anteriori* all'abbandono, e non distingue se sieno istrumentari o chirografari: basta che il credito risulti da un titolo che abbia data certa anteriore all'abbandono. I *terzi acquirenti* sono evidentemente compresi in questa disposizione, poichè essi sono interessati a godere fino alla morte del gravato, il quale d'altronde era proprietario, e la risoluzione può svanire per la premorienza de' gravati: Grenier, n. 369; Toullier, t. 5, n. 786; pandette francesi, sull'art. 1053 (1009); Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 365. Debbesi similmente ritenere, che l'abbandono anticipato non può nuocere a' figli

1010. Le mogli de'gravati non potranno avere su'beni da restituirsi veruna azione sussidiaria in caso d'insufficienza de'beni liberi, fuorchè pel solo capitale del danaro portato in dote, e nel caso soltanto che il testatore lo abbia espressamente ordinato (1).

V. gli art. 879, 888.

---

nascituri del gravato, i quali non possono essere pregiudicati dal fatto del loro padre. Jaubert, nel rapporto al Tribunato, in Locré, t. 5, p. 351, n. 77; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 364; Toullier, t. 5, n. 788; Duranton, t. 9, n. 666.

4.° L'abuso che fa il gravato de' beni sostituiti può farlo privare del godimento; arg. dell'art. 543, e t. 1, nota a, pag. 182; Grenier, n. 376; Toullier, t. 5, n. 783; Maleville su questo art.; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 363; Duranton, t. 9, n. 603.

5.° Si può aprire la sostituzione per non aver il gravato fatto nominare un tutore per la esecuzione, come dagli art. 1012 e 1013.

6.° La rinuncia del gravato, la sua incapacità e la indegnità, aprono la sostituzione: su di che è a vedersi la discussione nel n. IV, 3°, di questa nota.

II. *Effetti che produce l'opertura della sostituzione, relativamente alla proprietà, al possesso, ed a'frutti*—In quanto alla proprietà, è oggi una massima costante che *il morto impossessa il vivo*, così che il sostituito che muore dopo di essersi aperto il suo dritto, ma prima di aver accettato, trasmette il dritto al suo erede, art. 969. È applicabile quanto abbiamo esposto, parlando della sostituzione permessa dall'art. 945, nelle p. 90 e 91 § III.

In quanto al possesso, la domanda di rilascio dev'esser fatta, poichè se il chiamato riceve direttamente dal disponente la proprietà, il possesso non lo riceve che dal gravato; Merlin, rep. v. *subst. fideic.*, sez. 15, § 8; Duranton, t. 9, n. 611. V. la nota alla p. 62.

In quanto a'frutti, Grenier, n. 376 sostiene che siene devuti a'chiamati dal dì dell'apertura della sostituzione, quantunque non si fosse fatto la domanda di rilascio. Noi adottiamo la contraria opinione di Duranton, t. 9, 612, ossia che debbonsi applicare le stesse regole stabilite pe'legati dagli art. 931 e 968: vedi le note alle p. 62, e 107.

III. *Quali sono i dritti de'chiamati in pendenza della condizione*—Fin tanto che il fedecommesso non è aperto, il sostituito non vi à alcun dritto; egli non à che una semplice speranza di conseguirlo, nel caso che la condizione si avveri. Durante questo tempo adunque, il sostituito non può esercitare alcun'azione che supponga un dritto acquistato; ma può esercitar i mezzi conservatori per garantia de'proprî dritti, e su di ciò è a vedersi ciò che dicemmo nella nota p. 90, § III.

IV. *Dell'estinzione delle sostituzioni*—Le cause che producono l'estinzione delle sostituzioni, sono:

1.° La mancanza della condizione ch'era apposta alla sostituzione, l. 49, ff. *de legatis 1.°*

2.° La rivocazione per parte del sostituente fa svanire il fedecommesso stabilito con testamento, poichè il testamento è un atto per sua natura rivocabile. Le leggi romane dichiaravano oltresì rivocabile per nuda volontà del sostituente anche il fedecommesso stabilito con atto tra vivi; l. 18, ff. *de legatis 3°*; l. 3, ff. *de adimendis vel transfer. legat.*, § 11; l. 27 C. *de fideicom.* L'ordinanza del 1747 stabilì in Francia, che il fedecommesso era valido a favore del sostituito, mediante la sol'accettazione del donatario, e che le sostituzioni fatte in questa forma non potevano essere *rivocate* nè *cangiate*. Sotto l'impero del codice, Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 362 è opinato, che la disposizione dell'ordinanza non essendo rinnovata nel codice, si dee presumere che il legislatore non à inteso mantenerla, e che bisogna riferirsi per questo riguardo alla disposizione generale del dritto, la quale vuole che, *unaquaeque res dissolvi possit eodem modo quo fuit colligata*. Ma con maggior fondamento Toullier, t. 5, n. 737 sostiene che la decisione dell'ordinanza dev'essere osservata; imperciocchè l'obbligo di restituire i beni è contratto dal donatario, non verso il donante, ma verso i chiamati. Esso esiste indipendentemente dalla loro accettazione, che la legge non à richiesta; e per conseguente non può essere ritrattato senza il loro consenso: *nemo potest mutare consilium suum in alterius jacturam*. Che se, continua Toullier, si obiettasse, che l'art. 1075 permette di rivocare la stipulazione fatta in favore altrui, quando non si è ancora dichiarato di volerne profittare; si risponderebbe che la legge à dispensati i chiamati dall'accettazione (v. la pag. 168, n. III).

3.° La indegnità, la rinuncia, la incapacità del gravato estinguono forse la sostituzione? Sotto l'impero del codice bisogna ritenere la negativa, e conchiudere che si apre la sostituzione per le cause indicate. Sono all'uopo applicabili le nostre osservazioni fatte, comentando l'art. 945, nelle pag. 92 e 93; e gli autori moderni convengono su questa risoluzione, esaminandola sotto il rapporto delle sostituzioni permesse a'termini degli art. 1003 e 1004: Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 363; Toullier, t. 5, n. 791 e 794; Rolland Villargues, nel rep. di Favard, v. *subst.* c. 2, § 6, n. 19; Duranton, t. 9, n. 549, 600 e seg.

(1) Per ben comprendere quali sono i dritti che può esercitare su beni sostituiti la mo-

1011. Colui che farà le disposizioni autorizzate da'precedenti articoli, po-

---

glie del gravato, è indispensabile discorrere preliminarmente i dritti del gravato su' beni sostituiti mentre ne à il godimento; non che gli obblighi generali (delle obbligazioni particolari parlano gli art. seguenti) che dove adempiere durante questo godimento. Ciò rende necessaria la divisione di questa nota in tre §.

I.

Quali sono i dritti del gravato su' beni sostituiti, mentre ne à il godimento.

Non bisogna credere con taluni autori, che il gravato è un semplice *usufruttuario*, e come tale non può esercitare dritti dominicali. È questo un grave errore ormai riconosciuto da' dotti. Imperciocchè il gravato è un vero proprietario fino all' apertura della sostituzione, ed amministra i suoi beni da sè stesso ed in suo nome, l. 44, ff. *ad Trebellianum;* può imporre servitù che si risolveranno nel momento in cui si aprirà la sostituzione, l. 105, ff. *de condit. et demonstr.*; esige i capitali, 1022; le alienazioni fatte sono rispettate durante il godimento, e si risolvono avverata la condizione; l. 69, § 1, ff. *de legatis 1°*; l. 3, § 3, C. *communia de legatis*; art. 1136 e 2011. Merlin, rep. v. *subst. fideic*, sez. 12, § 1; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 379; Rolland Villargues, rep. di Favard, v. *subst.*, c. 2, sez. 2, § 5, n. 1; Grenier, n. 365; Toullier, t. 5, n. 736, 738, 739; Duranton, t. 9, n. 585.

Questo principio incontrastabile à impertanto dato nell'applicazione luogo a talune difficoltà che ci faremo ad esaminare.

1.° Si è quistionato, se gli affitti fatti dal gravato sono risolubili nel momento stesso che si risolve il suo dritto di proprietà. L'affitto non è che un atto di semplice amministrazione, e la qualità di proprietario che à il gravato durante il suo godimento, fa sì che gli affitti debbono essere mantenuti. Se l'affitto consentito dall'usufruttuario nelle epoche e per i termini fissati dal codice civile nell'art. 520, legano il proprietario, non vi è più ragione perchè l'affitto fatto nello stesso modo dal gravato di sostituzione, non leghi egualmente il sostituito. Merlin, rep., v. *subst. fideic.*, sez. 12, § 1, n. 5; Rolland de Villargues, nel rep. di Favard, v. *subst.*, c. 2, ses. 2, § 5, n. 3; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nata 366.

2.° Si è dubitato, se i giudicati renduti contro il gravato possono essere opposti a'chiamati. L'affermativa è sostenuta da Toullier, t. 5, n. 739, per la ragione che tutte le azioni attive e passive concernenti i beni risseggona presso il gravato; ed aggiunge, che i sostituiti non possono fare opposizione o essere ammessi al reclamo di ritrattazione per non essere stato inteso in giudizio il pubblico ministero, poichè niuna disposizione del codice o della procedura annovera le cause concernenti le sostituzioni, fra quelle che debbono essere comunicate al P. M. Ma questa dottrina può esser produttiva di funeste conseguenze, poichè potrebbero i sostituiti vedersi spogliati de'beni, senza di essere stati intesi. I giudicati non sono irrevocabili che tra le parti, e quando sono stati profferiti co' legittimi contradditori. Or non è il gravato chiamato dalla legge a rappresentare i sostituiti, ma lo è il tutore destinato a'figli nascituri, art. 1011, come ne conviene lo stesso Toullier, t. 5, n. 749 e 755. Per il che bisogna distinguere: se i giudicati sono stati profferiti in contraddizione del gravato, e del tutore de'sostituiti, con essere stato inteso il P. M., il giudicato à tutta la sua forza contro i sostituiti. Se il P. M. non è stato inteso, compete a'sostituiti il ricorso per ritrattazione, art. 545 p. c., perciocchè nelle cause de'sostituiti dev'essere inteso il P. M., come bene à osservato Merlin (rep. v. *subst. fideic.* sez. 18), che che ne dica in contrario Toullier. La ragione si è, che a'sostituiti si deve dare il tutore, art. 1011, e per l'art. 177 p. c. il P. M. dov'essere inteso in queste cause. Se poi il tutore de' figli nascituri non è stato chiamato in giudizio, compete l'opposizione di terzo, giusta l'art. 538 p. c. È quest'anche la dottrina di Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 379, e di Duranton, t. 9, n. 591.

3.° Debbesi similmente decidere, che le transazioni fatte dal gravato non obbligano i sostituiti, se non quando la transazione è stata omologata dal Tribunale sulle conclusioni del P. M., come si osserva per le transazioni de'minori, art. 390, 1917. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 379; Duranton, t. 9, n. 592.

4.° Una gravissima quistione è stata quella di sapere, se i beni sostituiti possono essere prescritti.

Dovesi sulle prime considerare la sostituzione in due epoche diverse, prima e dopo l'apertura.

Prima dell'apertura, non evvi dubbio che i beni sostituiti possono essere prescritti contro il gravato. Siccom'egli è proprietario, e che può agire, nulla impedisce che la prescri-

trà collo stesso atto, o con uno posteriore in autentica forma, nominare un

V. gli art. 313, 319, 320, 349 e seg. 1029.

---

zione operi contro di lui. Egli può alienare pel tempo della sua proprietà e godimento (p. 172, n. I): perchè non potrebbe lasciar prescrivere a carico suo per lo stesso tempo? Ne' termini del dritto, chi può l'uno, può egualmente l'altro. *Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi*; l. 28, ff. *de V. S.*

Ma la prescrizione può mai decorrere contro il sostituito, il cui dritto non sia aperto? Evvi un caso in cui lo può incontrastabilmente; ed è quando à cominciato coll'autore della sostituzione. « Nè è (diceva Dunod, *prescriz.*, parte 3, cap. 4) come dalla prescrizione » che decorra contro la moglie, quando è cominciata prima del matrimonio; e dalla pre- » scrizione convenzionale contro la quale il minore non è restituito, quando cominciò col » suo autore ». Ed aggiunge Toullier, t. 5, n. 740, che invano i chiamati allegherebbero ch'eran minori o che non eran ancora nati, poichè si risponderebbe ad essi, che la prescrizione non è decorsa contro di loro, ma contro del gravato presso di cui risedeva la proprietà.

Eccetto questo caso, la quistione, se la prescrizione corre contro il sostituito, il cui dritto non è aperto, è stata spinosissima presso gli antichi autori (vedine la discussione nel rep. di Merlin, rep., v. *subst. fideic.*, sez. 13), ed una lotta si è anche impegnata tra i moderni. Contro la prescrizione si sono pronunziati Grenier, n. 383; Rolland Villargues nel rep. di Favard, v. *subst.* c. 2, sez. 2, § 5, n. 14; Toullier, t. 5, n. 765; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 379; Vazeilles, *prescript.*, n. 303—Per la prescrizione si è pronunziato Duranton, t. 9, n. 610, la cui dottrina è stata seguita da Troplong, *de la prescript.*, n. 795. E questa ultima dottrina ci sembra preferibile per gravi ragioni: 1.° Si oppone contro la prescrizione, la massima *contra agere non valentem*: ed a questa obiezione si risponde, che i chiamati per l'art. 1133 possono in pendenza della condizione fare atti conservatori nel loro interesse, e quindi interrompere la prescrizione;—2.° Si oppone in secondo luogo l'art. 2163, giusta il quale la prescrizione non corre riguardo ad un credito a termine o sotto condizione; a questa obiezione si risponde, che l'art. 2163 non è applicabile alla causa del terzo possessore, come abbiam osservato nel t. 1, nota alla p. 182, n. 11, e note 1, p. 430, num. 113;—3.° Lo spirito del codice è di favorire il movimento della proprietà, e d'impedire per quanto è possibile, che il credito soffre una scossa per una specie d'inalienabilità degl'immobili.

Ciò che abbiamo detto non si applica quando i chiamati sono minori, poichè per regola generale stabilita dall'art. 2158, non corre contro di essi la prescrizione.

II.

Quali sono in generale le obbligazioni del gravato durante il suo godimento.

Le obbligazioni particolari imposte al gravato durante il suo godimento riguardano la nomina di un tutore, l'inventario dell'eredità del sostituente, la vendita de' mobili, l'impiego del danaro, la trascrizione dell'atto contenente la sostituzione. Di queste obbligazioni particolari si occupano gli art. seguenti; ma in quanto alle obbligazioni generali, non trovandosi nel capitolo in disamina disposizioni peculiari, bisogna ricavarle dalle regole generali del dritto.

I. Essendo il gravato un proprietario a tempo, come abbiamo visto nel § precedente, abbisogna che governi da buon padre di famiglia, val dire, che impieghi nell'amministrazione de' beni la stessa cura, la stessa diligenza che ordinariamente impiegasi ne' propri affari. Se non lo fa, è risponsabile del danno che ne risulta verso il sostituito, quando il fedecommesso viene ad aprirsi. Stabilisce sul proposito la l. 22, ff. *ad Trebellianum*, che il gravato non è tenuto che delle perdite cagionate per colpa grave; *culpae plane reddere rationem, sed ejus quae dolo proxima est*. Egli non è risponsabile della colpa lieve e della negligenza che suol porsi ne' propri affari personali: *non levi*, continua la detta legge, *et rebus suis assueta negligentia*.

II. Il gravato à altresì il dovere di soddisfare i pesi de' beni, su di che conviene fare talune distinzioni.

Gli arretrati di rendite fondiarie, o d'imposizioni che scadono durante il godimento, è incontrastabile che il gravato deve soddisfargli del suo e senza ripetizione contro il sostituito, perocchè sono pesi naturali de' frutti di cui profitta. Anche un semplice usufruttuario ne è tenuto, l. 7 e 52, ff. *de usufruc.*, art. 533. Deve similmente gli arretrati di rendite costituite, e gl'interessi di somme mobiliari dovute dall'eredità del sostituente, o che scadono durante il suo godimento: *si foenus*, dice la l. 58, § 1, ff. *ad Tre-*

tulore incaricato di eseguire tali disposizioni. Questo tutore non potrà esser

---

bell., *heres medii temporis solverit, eo nomine non erit retentio, cum proprium negotium gessit.*

In quanto a'capitali de'debiti lasciati dal sostituente, è chiaro che il gravato non li deve in proprio nome in verun caso. Può prendere, su'fondi stessi della sostituzione le somme necessarie per soddisfarli; che anzi, per impedire una espropriazione, può alienare degl'immobili, non potendo dipendere dal debitore nel sostituire i beni, impedire il pagamento dei debiti che lascia, l. 78, § 4, ff. *de legatis 2.°* Gli scrittori però non sono di accordo sulle formalità da adoperarsi nella vendita, onde esser valida. Non può dirsi che il gravato sia dispensato da qualsivoglia formalità, poichè i chiamati ànno interesse a sapere, se il fondo si venda nel suo vero valore, l. 92, ff. *de legatis 1.°*, e se esistano nell'eredità del sostituente danaro o crediti co'quali possansi soddisfare i debiti, l. 38, ff. *de legatis 1.°* (*) Che perciò quali saranno le formalità necessarie, perchè la vendita sia valida? Delvincourt, lib 3, tit. 4, nota 379 e Rolland Villargues, ibid., n. 15, opinano che debbansi osservare tutte le formalità prescritte per la vendita de'beni de'minori. Per lo contrario Grenier, n. 392 osserva, che sia difficile di applicare a questa materia le regole prescritte dal codice di procedura per la vendita de' beni componenti la quota di un erede beneficiato, o di quelli di un curatore ad una eredità giacente, o di quelli di un minore. La differenza de'casi e delle persone, egli aggiunge, esclude l'applicazione di queste regole. Basta che vi sieno formalità indicate dal Tribunale, dopo di essere stato debitamente chiamato il tutore alla sostituzione, le quali abbiano per risultato che la vendita sia stata fatta pubblicamente e senza frode. Una stima preliminare ordinata con sentenza e fatta da periti nominati in giudizio; la vendita fatta all'incanto nello studio di un notaio, dietro affissi apposti ne'luoghi consueti, e la cui apposizione sia stabilita, par che offrano tutte le possibili sicurezze. In conseguenza basterà una sol'aggiudicazione. Duranton, t. 9, n. 590 adotta lo stesso sentimento di Grenier, conchiudendo che l'importanza de'beni da vendere e le altre circostanze, determineranno i tribunali nella scelta delle formalità da osservarsi per la vendita, ed il gravato dovrà uniformarvisi.

III. *Obbligazioni del gravato in quanto alle riparazioni da farsi a'beni sostituiti* — Riguardo a ciò, riconoscesi dagli autori, che debbonsi eseguire le stesse regole che per il semplice usufruttuario, art. 530. Le piccole riparazioni e quelle di mantenimento sono a carico del gravato. Non così quelle riparazioni che chiamansi *grosse*, e su quest'ultimo punto esiste una espressa decisione della l. 58, ff. *de legatis 1.°*, secondo la quale il gravato che à ricostruito case incendiate, à il dritto di ripeterne la somma, quando restituisce i beni. Ma è da osservarsi che il gravato non può esser forzato a fare di suo proprio danaro le anticipazioni necessarie per le grosse riparazioni: egli dirigendosi al Tribunale può ottenere il permesso d'ipotecare o di vendere i beni sostituiti, per procurarsi il danaro necessario, a meno che i chiamati non offrano di somministrarlo. Toullier, t. 5, n. 775; Delvincourt, l. 3, tit. 4, nota 365.

IV. *Spese che formano un peso del godimento del gravato* — Sulla distinzione tra le spese *necessarie*, *utili* e *voluttuose*, vedi nel t. 1, nota 1, pag. 150. Le spese necessarie sa-

---

(*) Quando tutt'i chiamati consentono all'alienazione de'beni sostituiti, e sono maggiori, indubitatamente l'alienazione è valida per qualunque motivo abbia avuto luogo. Questo stabiliscono la l. 120, § 1, ff. *de legatis 1.°*, e la l. 11, C. *de fideicommissis*. Questi testi esigono il consenso di tutt'i chiamati per essere inattaccabile l'alienazione; ma il consenso di un solo de'sostituiti basterà sempre per convalidare l'alienazione rispetto a lui.

Secondo la l. 34, § 2, ff. *de legatis 2.°*, bisogna che questo consenso sia chiaro ed evidente. Laonde, essa soggiunge, non basterebbe per esempio, che il sostituito avesse assistito al contratto nella qualità di testimone solamente. Vedi nel t. 1, nota 6, pag. 183 a 184.

La l. 92, ff. *de legatis 1.°* dice similmente, che la presenza del sostituito al contratto non farebbe presumere il suo consenso, se non avesse sottoscritto. Ma, continua questo testo, se il sostituito avesse sottoscritto, potrebbe, all'apertura del fedecommesso, ripetere il prezzo dal gravato; *placuit non fundum, sed pretium ejus restitui debere.* Sembra impertanto questa decisione contrariata dalla l. 88, § 14, ff. *de legatis 2.°*: *respondi ob pretium nullam fideicommissi persecutionem esse*; eccetto, essa dice, se non apparisca, che i sostituiti abbiano inteso riservarsi la ripetizione del prezzo, *nisi ea mente venditioni consenserint*. Per conciliare queste due leggi, Cujacio (su detta l.) à detto, che la prima tratta della specie di un consenso dato con riserba della ripetizione del prezzo; ma altri scrittori osservarono che i due testi si contraddicono, ed oggi gli scrittori convengono che bisogna preferire la legge che accorda al sostituito la ripetizione del prezzo dal gravato. Imperciocchè consentire alla vendita, non è rinunciare assolutamente al fedecommesso in ogni tempo; è semplicemente consentire che la vendita abbia il suo effetto, il che non produce che la rinuncia alla facoltà di togliere la cosa al compratore, *habere licere*: è per verità abdicare indistintamente la cosa, ma non è abdicarne il prezzo, perchè il gravato possa conservarlo per sempre. Rolland Villargues, Delvincourt, l. 3, tit. 4, nota 379; Toullier, t. 5, n. 801.

dispensato se non per una delle cause espresse nella sezione VI del capitolo

---

ranno rimborsate al gravato. Lo stesso dicasi delle spese *utili* sino alla concorrenza del valore del fondo, al momento della restitosione, ed in quanto a ciò (osserva Toollier, t. 5, n. 775), la condizione del gravato differisce da quella dell'usofruttuario, il quale a'termini dell' art. 524 non può ripetere alcuna iodennità pe'miglioramenli cho avesse fatti, ancorchè fosse aumentato il valore della cosa. La ragione della differenza, egli continua, consiste in ciò, che il gravato essendo proprietario, à dritti più ampl di quei che abbia un semplice usufruttuario, il qoalo non può far cosa alcuna senza consultar il proprietario.— Le spese voluttoose non debbono essere bonificate al gravato, salvo a lui il dritto di togliere gli ornati, coll'obbligo per altro di restituire i locali nel loro pristino stato. Pothier, *traité des substitutions,* sez. 4, art. 2, § 2; Toullier, t. 5, n. 775; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 365.

In quanto alle spese di lili, se desse ànno avuto per oggetto il godimento, vanno à carico del gravato; se ànno risguardato la proprietà, saranoo rimborsate da'chiamati. Pothier, ibid. Toullier, t. 5, n. 776.

Per le speso d' inventario, di suggelli, di trascrizione, vedi l' art. 1015.

III.

De' dritti della moglie del gravato su' beni sostituiti.

La risoluzione del drilto di proprietà del gravato, rende risolubili le alienazioni che avesse potuto fare da'beni sostituiti: come abbiamo osservato nella p. 172, n.° I. Era impertanto una grave controversia tra gl'interpetri del dritto romano, se la moglie del gravato avesse una ipoteca sussidiaria per la dote e per i patti nuziali, su'beni sostitoiti, e nella pag. 91 abbiamo avuto occasione di osservare, che ne' tribunali d' Italia l' affermativa era seguita.

Il codice moderno (qoantunqoe la causa dotalo è tanto favorita, cho l'ipoteca sussidiaria si accorda su'beni soggetti a riversione, o a rivocaziooo per sopravvegnenza di figli, art. 877 e 888) noo à seguito l'antica giurisprudenza ch'era in opposizione con la scuola: à deciso con l'art. 1010, che su'beni sostituiti la moglio del gravato oon à l'ipoteca neancho sussidiaria, *se non*, soggiungo l'art. citato, *pel capitale delle somme dotali*, *e nel solo caso in cui il testatore lo avesse espressamente ordinato*. Fermiamoci a outare taluno osservazioni su questo articolo.

1.° La parola *testatore* di cui fa uso l' art. in disamina 1010, potrebbe far credere che quando la sostituzione è atabilita con atto tra vivi, la ipoteca accordata dal dispooente alla moglie del gravato non sarebbe obbligatoria pe'chiamati. Tal però non è il senso della legge, poichè non vi è maggior ragione per autorizzaro il regresso della moglie in caso di testamento, che in caso di donazione. L'oratore del governo sig. Bigot-Préameneu (in Locré, t. 5, p. 334, n. 73) si espresse nell'esposizione de'motivi, così: «le doone non avranno » il ricorso sussidiario che per le somme dotali, e nel caso soltanto in cui ciò sarà stato » formalmente espresso *nella donazione tra vivi o nel testamento*». In questo senso intendono l' art. in parola gli scrittori: Grenier, *donat.*, n. 378 e *ipoteq.*, n. 263; gli aotori delle pandette fraocesi su questo art.; Toullier, t. 5, n. 745; Duraoton, t. 9, n. 595.

2.° Si è quistionato, so potesse dipendero dal disponente estendero il regresso della moglie agl'*interessi* della dote ed agli altri dritti matrimoniali. Rolland Villargues, nel rep. di Favard, c. 2, sez. 2, § 5, n. 18, e Toullier t. 5, n. 745 sostengono l' affermativa. La contraria opinione è professata da Maleville e dagli aotori delle pandette fraocesi sull'art. 1054 (1010), da Grenier, n. 378, da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 380, da Duranton, t. 9, n. 595. Noi troviamo preferibile la dottrina di Toullier, il qualo à con solidi ragionamenti confutato gli argomenti contrarî (*).

(*) Ecco come Toullier ragiona la sua opinione.

«Maleville e Grenier aggiungono che l' autore della disposizione non potrebb' estendere l'azione della moglie agl' interessi della dote, al compenso degl immobili di lei alienati ed altri dritti matrimoniali; ciò che sembra contrario a tutt'i principj. Il donante non può sostituire se non la porzione disponibile; egli può darne la metà alla moglie del gravato; può dunque con più ragione, darle un'azione eventuale o sussidiaria su questi beni, anche per gl'interessi della sua dote, per il compenso de'suoi immobili alienati. Tutto dipende dalla volontà del donante e dal modo con cui si è espresso. Se si è limitato ad ordinare in generale un'azione sussidiaria alla moglie del gravato, quest'azione avrà luogo pel solo capitale della dote, secondo l'articolo 1054 (1010). Si presume che nulla di più abbia voluto. Ma se si estende specialmente quest'azione, tanto agl'interessi della dote, che agli altri dritti matrimoniali, la sua vo-

II del titolo *della minor età*, *della tutela e della emancipazione* (1).

V. gli art. 3e6 e seg., 1030 II, ec., e 965, p. e.

1012. In mancanza di questo tutore ne sarà nominato uoo ad istanza del gravato, o del suo tutore, se egli è minore, nel termine di un mese da computarsi dal gioroo della morte del donaote o del testatore, o dal giorno in cui, dopo la morte, si avrà notizia dell'atto cootenente la disposizione (2).

1013. Il gravato ehe non abbia adempito a ciò che è prescritto nell'articolo precedente, decade dal beoeficio della disposizioue. In tal caso il diritto potrà dichiararsi devoluto a favore de'chiamati, o ad istanza loro, o, se sono mioori o interdetti, ad istanza de' loro tutori e curatori, o di qualunque pa-

---

3.° Se il gravato prende più mogli successivamente, avranno tutte il regresso sussidiaria? Siccame aggi il regresso della moglie non à luoga di piena dritta, ma bisogna che il disponente lo abbia permessa, così tutto dipenda dalla valontà di costui, e bisagna dall'atto indagare quale sia. Essendosi detto nell'atto *la moglie del gravato*, già dovrà intendersi unicamente della moglie che il gravata avea nel mamento della disposiziaue, avvera della sua prima moglio, s'egli a quell'epoca nan era maritata. Altrimenti se à detta *le mogli*. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nata 380.

(1) È sembrato indispensabile al legislatore prendore delle precauzioni per la conservazione de' dritti de' chismati.

Si è voluta in prima dare un rappresentante a'chiamati, col nominar loro un tutore. Ascoltiama il sig. Bigot-Préameneu: «La legge dovea prevedere le difficoltà che poteano sorgere sulla esecuziane delle sostituzioni. Canveniva schivare che all'occasiano di un peso imposto ad un padre a benefizia de'suai figli, vi potessera essere tra laro delle cantestazioni. Si riconoscerà in tutte le parti del codice, che si presero tutt'i mezzi per prevenire tal disgrazia ». Locré, t. 5, p. 334, n. 74.

(2) La nomina del tutare dev' essere fatta, anche quando i chiamati si trovassero maggiori, o essenda minari si travassera provveduti di tutore, poichè la tutela speciale di cui trattasi à anche per aggetta gl'interessi de'chiamati nascituri. Rapporto di Iaubert, in Locré, t. 5, p. 360, n. 73,

Alla nomina del tutore non si può procedere che *alla morte del disponente*, quando anche la sostituzione avesse avuto luoga con atta tra vivi: tanta risulta dall' art. in esame. La ragiane si è, che il donante durante la sua vita è più che altri mai interessato di vegliare alla esecuzione delle sue disposizioni. Delvincourt, l. 3, tit. 4, nota 373.

Il tatore sarà nominato da un consiglio di famiglia nelle forme ordinarie (Toullier t. 5, n. 748.) Ma essendo questo tutore nominato nell'interesse de'chiamati alla sostituzione, il consiglio di famiglia vual esser composta, per quanta è possibile, de'parenti ed affini di quest'ultimi, presi dal lato paterna e dal materna. Non pertanto, se il gravato non fusse maritato, è chiaro che non si potrebbe comporre il consiglia di famiglia se nan da'suai parenti a affiai. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nata 372; Durantan, t. 9, n. 562.

Non devesi al tutare naminare un tutare surrogato; nè asta l'art. 330 che va evidentemente compreso riguardo al tutore amministratare. Qui il tutore non è cha un sarvegliante dell'amministrazione del gravata; ed il tutare surrogato sarebbe un sorvegliante dato ad un sarvegliante, il che non è ammessibile. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nata 372; Duranton, t. 9, n. 563.

---

lontà sarà la legge; imperciocchè lungi di proibirglielo, il codice gli permette di dare alla moglie del gravato la proprietà di tutt'i beni sostituiti. Chi può il più, può il meno, l. 21, ff. *de reg. jur.*

« Si oppone cha l'ardinanza su le sostituzioni del 1747 non concedava verun' azione sussidiaria alla moglie su beni gravati, in compenso de'suoi beni alienati col suo consenso; ma l'azione sussidiaria della moglie essendo allora stabilita dalla legge medesima, il legislatore l'avava saviamente circoscritta come esigevano le leggi del tempo. Egli concedeva l'azione sussidiaria alla moglie tanto pel capitale della dote cha per gl *interessi e frutti*, tanto pel capitale che per gl'interessi dell'assegnamento vedovile. Lo negava per le donazioni, gli anelli, i gioielli, il lutto; per il compenso de' beni alienati col suo consenso, e finalmente per l'indennità de' debiti contratti dalla moglie.

« Era necessario di regolare tutti questi punti sotto una legislazione in cui le sostituzioni passavano da una generazione all'altra. Sotto l'impero del codice, in cui non si estendono oltre la vita del gravato, tutti questi particolari eran superflui. Il codice si è limitato con ragione ad una sola disposizione. Le mogli de'gravati non ànno più un'azione sussidiaria stabilita dalla legge; bisogna che l'autore della sostituzione la dia ad esse; se la concede in termini generali, quest'azione si estenderà al capitale della dote, e non già agl'interessi, come sotto l'antica legge. Ma se il donante vuole specialmente concedere ad esse un'azione più estesa, l'art. 1054 (1010) non glielo proibisce; e l'art. 902 (818) dice che qualunque persona può disporre e ricevere, eccettuate quelle che sono dalla legge dichiarate incapaci.

rente, o anche *ex officio* a richiesta del procuratore regio presso il tribunale civile della provincia o della valle in cui la successione si è aperta (1).

V. l'art. 115.

1014. Dopo la morte di colui che ha disposto coll'obbligo della restituzio-

---

(1) La storia della discussione che à presentata l'intelligenza di questo testo, è esposta da Duranton, t. 9, n. 566 e n. 567 (*).

(*) Duranton nel luogo citato si esprime così:

«Questo testo è stato interpetrato diversamente: la parola *decade*, la quale esprime una disposizione positiva, espressa ed assoluta, seguita da queste, *e in tal caso il dritto potrà dichiararsi devoluto in beneficio de'chiamati*, che sembrano modificarne il senso, non furono intesi nello stesso modo da tutt'i comentatori del codice.

«Quindi secondo taluni (segnatamente Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 373), il gravato anche quando fosse minore, decade dal dritto per mancanza di nomina del tutore per l'esecuzione, salvo il suo regresso contro il suo proprio tutore se sia minore, in conformità dell'art. 1074 (1030). Ma ciò non vuol dire necessariamente che il dritto sarà aperto a vantaggio de'chiamati, giacchè può avvenire che non ve ne sieno ancora esistenti; ed è nella possibilità di tal caso che l'art. 1057 (1013) dice e dovea dire, il dritto *potrà dichiararsi devoluto a vantaggio de'chiamati*, cioè se ve ne esistano allora. Nel caso opposto, i beni debbono ritornare nell'eredità del disponente, in cui saranno divisi come gli altri beni di quest'ultimo, col peso di cui sono affetti a vantaggio de'chiamati che sopravvenissero. Ma se d'altra parte esistano chiamati, il dritto vuol esser dichiarato devoluto a loro beneficio, salvo ad essi l'obbligazione di farvi partecipare gli altri chiamati che nascessero in seguito; di maniera che essi raccolgono sin dal presente la sostituzione, *sed cum onere*.

«Altri pensano al contrario (tal è l'interpetrazione di Grenier, n. 388), che questa parola *decade* non debba rigorosamente intendersi alla lettera: che sia in qualche modo comminatoria, e che combinandola con quelle che seguono, *e in tal caso il dritto potrà dichiararsi devoluto*, ne conseguita che la decadenza dipende dalle circostanze, secondo le quali i giudici potranno pronunziarla immediatamente o dopo un nuovo termine che crederanno dover concedere per la nomina del tutore.

«Quest'ultima interpetrazione lascia troppa latitudine a'magistrati, in quanto che potrebbero dispensarsi dal pronunziare la decadenza quantunque già esistessero chiamati, e fosse ben grave la negligenza del gravato maggiore; mentre che lo stesso art. 1057 (1013) la pronunzia positivamente: *il gravato decade*. E per salvare il gravato dalla decadenza, soprattutto il gravato maggiore o non interdetto, quando vi sieno chiamati e quando ne sopravvengano, vuol esservi il caso di forza irresistibile o d'impossibilità derivante dalle circostanze, che dispensa quasi sempre.

«Ma la prima interpetrazione ci sembra del pari erronea; perciocchè tende a far ritornare i beni nella eredità del disponente a vantaggio de'suoi eredi, che qui sono terzi, cui è interamente estraneo il provvedimento della nomina del tutore. La legge non potè ragionevolmente voler istabilire la pena della decadenza nel loro interesse; nè si può dire con certa verosimiglianza, affine di motivare questa opinione, che si presume avere il disponente fatto la disposizione sotto una tacita condizione risolutiva: tale non fu la sua volontà, giacchè con quella disposizione appunto spogliava i suoi eredi.

«Pensiamo adunque su questo punto: 1.° che l'apertura della sostituzione deve pronunziarsi, tranne se per forza irresistibile, il gravato non à fatto nominare il tutore per l'esecuzione, nel termine stabilito dall'art. 1057 (1013), sopra mentovato, qualora però esistano allora chiamati i quali possono raccogliere il diritto; 2.° che il dritto di sostituzione non dee dichiararsi devoluto, nè anche quando il gravato fosse in colpa, ove non esistano ancora chiamati, salvo al tribunale di ordinare i provvedimenti conservatori che giudicherà convenienti nell'interesse di coloro che sopravverrebbero, specialmente la nomina di un tutore per l'esecuzione; 3.° che quante volte il gravato fosse in colpa, fa d'uopo che sia dichiarato decaduto, subito che sopravverranno chiamati, e sia pure un solo: allora la sostituzione dovrà dichiararsi aperta in loro beneficio ad istanza delle persone indicate nell'art. 1057 (1013); ma nondimeno i chiamati attualmente esistenti dovranno far partecipi della disposizione coloro che sopravvenissero dappoi, e per la conservazione de'loro dritti dovrà il tutore esser mantenuto; 4.° che in sino a che la sostituzione non sarà dichiarata aperta, il gravato, malgrado la sua colpa di aver fatto nominare il tutore, raccoglierà i frutti senza esser tenuto di restituirli a'chiamati, perchè gli avrà raccolti sopra una cosa che tuttora gli apparteneva; 5.° che dall'apertura della sostituzione, i chiamati che saranno nati o concepiti avran dritto a'frutti, senza essere obbligati a farvi partecipare in appresso gli altri chiamati che sopravvenissero; atteso che costoro non possono aver dritto prima della loro nascita o almeno del loro concepimento, ed avendo la loro parte in quelli raccolti dopo quest'epoca, profittano anche della decadenza del gravato, per quanto la natura delle cose il comporta: i chiamati esistenti ànno in loro favore il dritto comune, che fa acquistare i frutti a'possessori di buona fede, art. 549 (474); 6.° che se uno de'chiamati muoia prima del gravato, senza lasciar figli o discendenti, la sua parte nella sostituzione deve restare esclusivamente agli altri, per dritto di accrescimento; imperciocchè la perdita del dritto del gravato non dee cangiar l'ordine connesso delle cose: or, senza siffatta perdita la premorienza di un chiamato, morto senza lasciare discendenti, avrebbe fatto accrescere la sua parte a quella dei sostituiti insieme con lui. Ebbe luogo, è vero, la sostituzione, ma unicamente nell'interesse de'medesimi chiamati: essa non fu snaturata con questa perdita di diritto; cotesto avvenimento non deve pregiudicare che al solo gravato, e non a que'chiamati che gli sopravvivessero; e pregiudicherebbe questi ultimi se la parte de'premorti dovesse dividersi, come gli altri beni, per via di eredità: il gravato decaduto dal dritto ne raccoglierebbe una porzione in pregiudizio de'suoi figli viventi, e questo non deve punto intervenire. Egli deve poter raccogliere soltanto nell'eredità dell'ultimo di tutti i chiamati, e soltanto in linea di successione, una parte ne'beni sostituiti, i quali allora si sono confusi diffinitivamente cogli altri beni di questo chiamato. Tale è, crediamo, il vero spirito dell'art. 1057 (1013)».

V. gli art. 374, 712, 729, 738, ll. cc.; 896, p, c.

ne, si procederà nelle forme ordinarie all'inventario di tutti i beni che compongono l'eredità, eccettuato il caso in cui si tratti soltanto di un legato particolare. Questo inventario conterrà la stima, a giusto prezzo, di tutti i beni mobili (1).

V. gli art. 712, e 729.

1015. L'inventario sarà fatto ad istanza del gravato, e nel termine stabilito nel titolo *delle successioni*, presente il tutore nominato per l'esecuzione. Le spese si prenderanno da' beni compresi nella disposizione (2).

1016. Se nel termine sopra espresso non siasi fatto l'inventario ad istanza del gravato, si procederà a formarlo nel mese seguente ad istanza del tutore nominato per l'esecuzione, presente il gravato stesso, o il suo tutore.

1017. Se non si è soddisfatto al prescritto ne'due precedenti articoli, si procederà allo stesso inventario ad istanza delle persone indicate nell'articolo 1013, chiamandovi il gravato o il suo tutore, ed il tutore nominato per l'esecuzione.

V. l'art. 375, ll. cc.

1018. Il gravato dovrà far procedere alla vendita, per mezzo di affissi ed incanti, di tutti i mobili ed effetti compresi nella disposizione; a riserva però di quelli di cui si fa menzione ne'due articoli seguenti (3).

V. gli art. 376, 459, 460.

1019. La mobiglia e gli altri beni mobiliari, che si sono compresi nella disposizione coll'obbligo espresso di conservarli nella stessa specie, saranno consegnati nello stato in cui si troveranno nel tempo della restituzione.

V. gli art. 376, 445, 447; e nel l.1, nota 1, p. 111.

1020. Il bestiame e gli utensili inservienti alla coltura delle terre s'intenderanno compresi nelle donazioni tra vivi o testamentarie delle stesse terre; ed il gravato sarà tenuto solamente a fargli stimare, per renderne l'egual valore in tempo della restituzione.

---

(1) Per fare costare lo stato dalla eredità del sostituente, e nell'interesse do'chiamati è richiesto l'inventario. Se la sostituzione fu ordinata con atto di donazione tra vivi, evidentemente non si applica la disposizione di questo articolo che prescrive l'inventario *dopo la morte* del sostituente. Imperciocchè, se la donazione tra vivi comprende mobili, deve essere compreso nell'atto di donazione uno stato estimativo de'medesimi, art. 872. Grenier, n. 387; Toullier, t. 5, n. 753, pandette francesi, su questo art.

(2) La presenza del tutore è necessaria, poichè è il legittimo contradittore del gravato. Ma se legalmente citato non comparisse, non vi sarebbe a pronunziare la nullità dell'inventario, salvo a'chiamati il regresso contro il tutore, a'termini dell'art. 1030. Grenier, n. 387; pandette francesi sull'art. 1059 (1015); Toullier, t. 5, n. 756.

(3) Nel prescrivere questo art. la vendita de'mobili, intende parlare de'mobili corporali, che non hanno un valore fisso e permanente e che possono essere suscettivi di aumento o di diminuzione di prezzo, sia coll'uso, sia altrimenti. I crediti non sono suscettivi di stima o di apprezzo, e quindi non debbono essere venduti; che anzi il gravato, per l'art. 1022, deve curarne la riscossione e l'impiego del prezzo. Grenier, n. 388; Toullier, t. 5, n. 760; Rolland, c. 2, sez. 2, § 4, n. 13.

Dovendosi adunque vendere i mobili corporali, l'articolo in esame vuole che la vendita sia fatta *per mezzo di affissi e d'incanti*. Non è dunque necessario, osserva Toullier, t. 5, n. 759, l'osservanza delle forme complicate e dispendiose del codice di procedura per la vendita de'beni mobili pignorati: basta che la vendita sia annunziata con affissi a'soliti luoghi, affinchè sia nota. Ma Grenier vorrebbe che per la vendita degli oggetti preziosi, il tutore per andare esente da risponsabilità dovrebbe far dal tribunale regolare le formalità, onde la vendita abbia luogo pel prezzo conveniente.

Lo stesso art. non obbliga il gravato a chiamare il tutore ad intervenire alla vendita; ma come costui è risponsabile, à il dritto di assistervi, e di fare istanza che la vendita abbia luogo, allorchè viene trascurata dal gravato. La mancanza di citazione al tutore, importa nullità, secondo Rolland, c. 2, sez. 2, § 4, n. 17; ma non trovano nullità nella mancanza di citazione al tutore, Toullier, t. 5, n. 758, Grenier, n. 388, Delvincourt. lib. 3, tit. 4, nota 383.

In quanto alla vendita degli stabili, v. la nota alla p. 174.

1021. Il gravato nel termine di sei mesi dal giorno in cui si sarà compiuto l'inventario, dovrà impiegare il contante, il prezzo de'mobili e delle cose vendute, e ciò che si è riscosso da'crediti ereditarj.

V. gli art, 378 a 1023.

Questo termine, quando occorra, potrà prorogarsi.

1022. Il gravato sarà parimente tenuto ad impiegare il danaro che proverrà dalla esazione de'crediti e dalla restituzione de'capitali, entro tre mesi al più tardi dopo seguita l'esazione (1).

1023. Se il disponente avrà specificato la qualità de'beni ne'quali debba farsi l'impiego, sarà eseguita la sua volontà: altrimenti non potrà farsi se non coll'acquisto di beni immobili, o con privilegio su beni immobili.

V. l'art. 1972.

1024. L'impiego prescritto negli articoli precedenti si farà coll'intervento e ad istanza del tutore nominato per l'esecuzione.

V. gli art. 1015 e 1018.

1025. Le disposizioni per atto tra vivi o per testamento col peso di restituzione dovranno rendersi pubbliche ad istanza o del gravato o del tutore nominato per l'esecuzione: cioè, quanto a'beni immobili, mediante la trascrizione degli atti su'registri dell'uffizio delle ipoteche della provincia o della valle dove sono situati; e, quanto alle somme impiegate su'beni immobili con privilegio, mediante la inscrizione su'beni medesimi (2).

V. gli art. 863 e 2075.

1026. La mancanza di trascrizione dell'atto contenente la disposizione, potrà da'creditori e da'terzi possessori essere opposta anche a'minori o interdetti; salvo il regresso contra il gravato e contra il tutore nominato per l'esecuzione, e senza che i minori o gl'interdetti possano essere restituiti *in intero* per l'omessa trascrizione, quando anche il gravato ed il tutore non fossero solventi (3).

V. l'art. 965.

---

(1) Ravvicinaodo questo art. 1022 coll'art. 1024 si è dubitato, se un mutuatorio restituendo uo capitole seadnto deve, per esser valido il pagamento, chiamare alla restituzione il tutore ominoto per l'esecuzione. Toullier, t. 5, n. 767 e Duranton, t. 9, n. 572 opinano, che si paga volidamente al gravato, il quolo è il proprietario prima dello sostituzione. Ma Delviucourt, lib. 3, tit. 4, nota 390 propooe nna savia distinzioue: se trattasi di somme imprestate dallo stesso outore della disposizioοo, ed all'impiego dolle quali nou à potuto in conseguenza concorrere il tutore alla sostitusiono, i debitori potranno pagare validamente al solo grovato, non essendo essi obbligati a conoscero la sostituziono. E siccome il tutoro potrebb'essere risponsabile se il gravato dissipasse le somma ricevute, saviamente adoprerá se denuucia la sostituzione a'debitori, dichiarando loro ch'essi non abbiano a pagare, se non dopo averlo prima legalmeote citato. Dietro ciò, s'eglino pagassero ol solo grovato, in caso della insolvibilità di costui, potrebbe il pagamento nell'interesse de'chiamati esser annullato. Ma se trattasi di somme impiogote dal gravato dopo il cominciare del suo godimento ed all'impiego delle quali il tutore è concorso, siccome i debitori non possono igaororo l'esistenzo della sostituziono, non potranno validamonte pagare che presente il tutore: *res eodem modo dissolvi debent quo fuerint colligatae*. La presenza del tutore è stata necessaria per l'impiego, e quindi necessaria dove egualmente essere pel rimborso.

(2) Noi abbiomo nel t. 1, nota 1, p. 422 dicorso la storia e lo scopo della trascrizione degli atti traslativi di dominio. I più ingegnosi disegni per far profittare la ricchezza immobiliore di una largo organizzazione di mezzi di circolazione e di credito, incootrerebbero insormontabili ostacoli, se la pubblicità di tutt'i pesi che possono gravitore su di un fondo e del passaggio delle proprietà do moano iu mano, non avesse luogo. Vodremo nol tit. XIX, cap. VIII, di questo libro, come le leggi civili sulla vendita degl'immobili uoo rispondono a'due bisogni del nostro stato sociale, la rapidità dello operazioni, e lo sicurezza degli affari; e che il nostro legislatore convinto di questi bisogni dello stato sociale, à portato importanti miglioromenti con docreto del 31 gennajo 1843.

(3) La mancanza di trascrizioοe produce l'effotto di reodero irrevocabili le ipoteche o le alienozioni approvate dol gravato. La legge presume che i creditori del gravato, o il compratore abbiono ignorato il vincolo della sostitozione. I creditori quindi, o i terzi che a titolo oneroso contrattano col gravato, possono opporre la mancanza di trascrizione. Se i ter-

1027. La mancanza della trascrizione non potrà esser supplita nè sanata per la notizia che in qualunque altro modo, fuorchè per mezzo della trascrizione, i creditori o i terzi possessori potessero aver avuta della disposizione.

V. l'art. 965. 1028. Non potranno in alcun caso i donatarj, i legatarj, o gli eredi legittimi di colui che avrà fatto la disposizione, e nè pure i loro donatarj, legatarj o eredi, opporre a'chiamati la mancanza di trascrizione o d'inscrizione.(1).

---

zi avessero contrattato non col gravato, ma col tutore della sostituzione, non possono opporre la mancanza della trascrizione, poichè il tutore non era il proprietario de'beni, e non avea alcun dritto a gravare la roba non sua (*). Per il che non solo i creditori ed i terzi acquirenti del donante, ma anche quelli del gravato possono opporre la mancanza di trascrizione; che anzi i creditori del gravato avevano bisogno di una speciale sanzione per essere ammessi ad opporre l'omissione di un dovere di colui dal quale àn causa, e col quale ànno validamente contrattato. Imperciocchè, in quanto a'creditori del donante anteriori alla donazione, essi possono iscrivere anche 15 giorni dopo la trascrizione, art. 2077. Arresto della Corte Suprema di Giustizia di Napoli del dì 25 febbrajo 1841 (causa *Marzano e Palumbo*).

(1) Si è impegnata tra gli scrittori una quistione su questo articolo; se cioè, la mancanza di trascrizione non possa opporsi dal secondo donatario a'chiamati soltanto, o pure anche al gravato. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 392, e Duranton, t. 9, n. 580 opinano, che non può opporsi *a'chiamati*, perchè in faccia ad essi l'articolo fa l'eccezione; ma nell'interesse del *gravato*, il secondo donatario merita la preferenza, così che il secondo donatario conserverà l'oggetto coll'obbligo di restituzione, morendo il gravato con figli: ma se il medesimo muore senza prole, il secondo donatario resterà proprietario incommutabile dell'immobile donato. Questo sistema viene impugnato da Grenier, n. 380, il quale sostiene che siccome i donatari posteriori non possono prevalersi della mancanza di trascrizione contro i chiamati, così non ànno questo dritto neppure contro i donatari diretti. Noi crediamo che il perno di questa quistione deriva dalla intelligenza che deve darsi all'art. 965. Se si ritiene che un secondo donatario può opporre al primo la mancanza di trascrizione, il sistema di Delvincourt e di Duranton deve trionfare. Ma se la opinione contraria si adotterà, e per la quale noi ci siamo pronunziati nel t. 1, nota alla pag. 424, la dottrina di Grenier deve prevalere.

(*) Ecco come Duranton, t. 9, n. 577 confuta l'opinione di Grenier, la cui dottrina è che i creditori ed i terzi possessori del tutore possono opporre la mancanza di trascrizione.

« Non bisogna credere con Grenier che, dicendo in modo generale, che la mancanza di trascrizione potrà opporsi da' *creditori e terzi possessori*, salvo il regresso contro il gravato e contro il tutore nominato per l'esecuzione, l'art. 1070 (1026) intenda con ciò parlare de'creditori ed acquirenti del tutore nominato per l'esecuzione, a'quali questo tutore avesse ipotecato o venduto i beni sostituiti; giacchè questi non potè validamente conferir dritti sopra i beni che non gli appartenevano: ciò sarebbe contrario a tutte le regole, e basta citare in proposito gli art. 1599, 2125, e 2182 (1444, 2011, 2076). A torto dunque Grenier inferisce dalla risponsabilità di questo tutore, per mancanza di trascrizione, che la legge nell'art. 1070 (1026), intese parlare benanche de'creditori o terzi possessori che riconoscessero da lui i loro dritti, come coloro che potessero crearsi un mezzo da tal mancanza di trascrizione, per essere conservati nelle loro ipoteche o ne' loro acquisti; questo è impossibile. Sì, senza dubbio, il regresso de'chiamati avrà luogo contro il tutore medesimo, sempre che quello ch'essi ànno contro il gravato fosse inefficace per effetto della sua insolvibilità; e l'art. non vuol dire altra cosa.

Grenier argomenta eziandio da che, così egli dice « l'art. 1070 (1026) è concepito nel modo stesso che » l'art. 30 del tit. 2 dell'ordinanza del 1747, riguardante il registro e la pubblicazione; da che avea luo» go per le antiche sostituzioni, e che questo articolo era inteso siccom' egli l'intende da tutt'i comen» tatori, ed anche da Pothier, nella sua *introduzione al tit. xv della consuetudine di Orleans*, n. » 18, e da Furgole sull'art. 30 dell'ordinanza, ma segnatamente sull'art. 29, ove spiega ciò che debbe » positivamente intendersi *per creditori e terzi possessori*. — A ciò rispondiamo, che nè questo art. 32, nè alcun autore citato da Grenier parlò, potè parlare de'creditori ed acquirenti *del tutore* nominato per l'esecuzione, e per una ragione ben semplice, cioè che allora non vi era tutore.

« Ma quanto a'creditori ed acquirenti del gravato, la cosa è altrimenti: siccome egli era proprietario non ostante il peso di restituzione, così perfettamente si comprende che nell'interesse de'terzi la legge à dichiarato validi gli atti da lui fatti su'beni, finchè questi terzi non erano avvertiti dalla pubblicità data alla sostituzione; nello stesso modo che gli atti formati da un donante su'beni donati, prima della trascrizione della donazione, sono generalmente conservati, senza che perciò si conservassero ancor quelli i quali fossero stati fatti da certuno che non avea nessun dritto su'beni. Nel sistema di Grenier bisognerebbe giungere sino a dire, per essere conseguente, che la moglie del tutore nominato per l'esecuzione è in dritto di pretendere che la sua ipoteca legale su'beni del marito si estenda ancora su'beni della sostituzione, per essersi omesso di trascrivere questa sostituzione medesima. Or, non temiamo di dirlo, una somigliante pretensione non potrebbe sostenersi, e sarebbe anzi assurda ».

1029. Il tutore nominato per l'esecuzione sarà personalmente risponsabile, quando non siasi pienamente uniformato alle regole sopra stabilite per comprovare lo stato de'beni, per la vendita de'mobili, per l'impiego del danaro, per la trascrizione e l'inscrizione; e generalmente se non ha praticato tutte le diligenze necessarie, perchè venga bene e fedelmente adempito l'obbligo della restituzione (1).

V. gli art. 398, 866.

1030. Se il gravato è in età minore, non potrà esser restituito *in intero* per la inosservanza delle regole prescritte negli articoli di questo capitolo, nè pure nel caso che il suo tutore non fosse solvente.

V. gli art. 866 a 1258.

CAPITOLO VII.

Delle divisioni fatte dal padre, dalla madre, o da altri ascendenti tra i loro discendenti (2).

1031. I padri e le madri e gli altri ascendenti potranno dividere e distri-

(1) Per quanto può esser grave la risponsabilità del tutore, i suoi beni non sono gravati d'ipoteca legale a favor de'chiamoti, poichè la tutela di cui è parola io questo capitolo è speciale, e oon possooo esser applicabili ad essa gli art. 2003 e 2007. Imperciocchè il fondameoto dell'ipoteca legale de'minori è l'amministrazіooe del tutore ed il conto che deve dare: or il tutore di cui qui è porola oon omministra, ma è un semplice sorvegliatore. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 367; Grenier, n. 391; paudette francesi su questo art.; Toullier, t. 5, n. 750. Duraotoo, t. 9, n. 563.

(2) La divisione de'beni tro figli fatta dagli ascendenti, ripete la sua origine dol dritto romano. Per on effetto della patria potestà, poteva il padre distribuire in modo il suo patrimonio tra i figli, da ridurre alcuni di essi alla sola legittima. In processo di tempo passò alla madre ed agli ascendenti il dritto di poter procedere a tal divisione.

Pel dritto delle paodette l'otto di divisione poteva esser cootenuto nel testamento privilegiato *inter liberos* (vedi la nota 1, p. 9), o poteva over luogo anche senza scrittura, l. 20, § 2 *si pater*, ff. *familiae erciscundae*; ma Giustiniano richiese per la divisione *inter liberos* esseozialmeote la scrittura, come risulta dalla novella 18, c. 4, e nov. 107, c. 3; e la forma dell'atto di divisione ero semplicissima. L'ascendeote poteva far sottoscrivere l'atto di divisione da'figli, o poteva scriverlo solo. Nell'uno e nell'oltro caso, doveva essere eseguito come dooazione a causa di morte; essa era irrevocabile. Ogni disposizione estranea a'figli, anche in favore della madre loro, che vi fosse stata inserita, ora assolutameote nulla; l. 10 e 16, *C. familiae erciscundae*: Perezio su d.° tit., n. 16 o 17.

Poteva il padre in quest'atto stobilire l'ineguaglianza tra i figli, ma se uno di essi veniva pregiudicato ne' dritti di legittima, era nel dritto di reclamorne il supplemento, l. 21, *C. familiae erciscundae*.

Molte consuetudini della Francia avevano ammessa la divisione del dritto romano, come un mezzo di cooservare la pace nelle famiglie; altre coosuetudini ricooscevano lo così detta *demission des biens*, *dimissione de' beni*, lo quale era un atto col quale uoa persona abbandonava, duraote la sua vita, tutt'i suoi beni agli eredi presuntivi. Tal era lo legislazioe francese prima del codice civile, ed i compilatori del codice stimorono di mantenero coo taluoe modificozioni, la divisione ammessa dal dritto romano *inter liberos*, como un mezzo di facilitare gli occordi di famiglia, di preveoir i litigi, di conservare la pace tra i figli, e di evitar le spese iesсparabili di una domanda per divisione o licitazione (*).

(*) Ecco come il sig. Bigot-Préameneu rende i motivi delle disposizioni del capitolo in disamina:

«Havvi un altro genere di disposizioni, che dee avere una grande influenza sulla sorte delle famiglie; queste sono le divisioni fatte da'genitori, ed altri ascendenti fra i loro discendenti; questo è il più importante ed ultimo atto della potestà e della benevolenza de' genitori.

«Si riporteranno il più sovente a questo saggio riparto, che l'istessa legge à fatto tra i loro figli. Ma rimarrebbero assai spesso delle grandi inquietitudini sulle dispute che possono eccitarsi tra i loro figli, tanto a quelli che ànno de'beni, il di cui riparto non sia molto facile, o pure suscettibile d'inconvenienti, e massimamente a coloro che ànno un piccol asse. Quanto sarebbe per un buon padre dolorosa l'idea che i suoi sudori, il frutto de'quali render dovea felice la sua famiglia, possan cagionare degli odi a

buire i loro beni tra'loro figli e discendenti (1).

V. gli art. 835, 867, 871, 894.

1032. Queste divisioni potranno farsi per atto tra vivi o per testamento,

---

(1) I. Questo articolo accorda agli ascendenti il dritto di fare fra i loro figli e discendenti, *la distribuzione e la divisione de'loro beni*. Risulta tanto da'motivi espressi nella nota precedente, che da'termini di questo articolo, e dall'insieme di tutti gli articoli che compongono questo capitolo, non essere la divisione per sua natura una liberalità; può essa diventarne l'oggetto, ma il solo scopo della legge è la distribuzione e la divisione dei beni. In fatti, l'art. 1035 permette d'impugnarla per lesione, come le divisioni ordinarie. Riconoscesi da tutti, che i discendenti debbonsi garentire le quote. Grenier, n. 393; Toullier, t. 5, n. 803 e 808.

Dal principio di non essere la divisione in parola una liberalità, ma una vera distribuzione onde conservare la pace tra i figli, non si deve ritenere con taluni autori, che da un tal modo di disporre potendo risultare un avvantaggio a favore di un figlio, un tal avvantaggio, purchè non oltrepassi la quarta parte, dev'essere considerato come una liberalità a titolo di antiparto, benchè non espressamente dispensata dalla collazione, a'termini dell'art. 762. Ma non è cosa legale applicare in tal modo i principi relativi alle liberalità. La legge à dovuto necessariamente accordare una latitudine all'incertezza, anzi all'arbitrio che necessariamente deriva da ogni apprezzo; e non à dovuto concedere la facoltà di poter impugnare un atto di divisione fatto da un ascendente, sotto il pretesto di lesione, se non quando eccedesse una tassa, la quale supporrebbe una volontà di fare una liberalità. Se la quota non eccede questa tassa, il suo valore estimativo può essere un errore; ma non debbesi in essa scorgere alcuna liberalità nè una derogazione a'principi generali della collazione. Si deve ragionare in questo caso, come io quello di una divisione fatta da periti tra coeredi, che raccolgono una successione. Può esservi una certa ineguaglianza; ma finchè non vince i confini della tassa al di là della quale non puossi supporre l'errore, non si considera giammai la differenza come una liberalità. Grenier, n. 398.

II. Passiam'ora ad esaminare, se possono i genitori con l'atto di divisione dare a de'figli la

---

delle discordie! A chi dunque si potrebbe con maggior sicurezza affidare la divisione de'beni tra i figli che a'propri genitori, i quali meglio degli altri ne conoscono il valore, gli avvantaggi e gl'inconvenienti; a de'genitori che adempiranno ad un tal dovere d'ufficio non solamente coll'imparzialità di giudici, ma con quella premura, con quell'interesse, con quella previdenza che la paterna affezione può sola ispirare?

«Una tal presunzione a favore de'genitori, abbenchè di somma forza, lasciò non ostante de'dubbî sull'abuso che potrebbar fare di un tal potere coloro che per una cieca preferenza, per orgoglio o mossi da altre passioni, volessero riunire la maggior parte de'loro beni sulla testa di un solo de'loro figli. Si convenne che quanto più fossero i figli, sarebbe maggiormente facile al padre l'accumular de'beni a favore del figlio prediletto.

«Sarebbe stato ingiusto e contrario alla scopo che proponevasi il negare l'esercizio di questa facoltà nella divisione stessa di un padre, che all'atto della divisione fra i suoi figli poteva liberamente disporre d'una parte de'suoi beni. Così potè evitare gli smembramenti, conservare ad un de'suoi figli l'abitazione, che continuerà ad esser l'asilo comune, riparare le ineguaglianze naturali, o accidentali; egli à in una parola nell'atto di divisione che potrà meglio combinare ed effettuare il riparto il più equo ed il più proprio a render felice ciascuno de'suoi figli.

«Ma se alcun di essi fosse leso di più di un quarto, o se risultasse dalla divisione o dalle disposizioni fatte per antiparte, che l'un de'figli avesse un più grande avvantaggio che non permette la legge, potrà essere l'operazione impugnata dagli altri interessati.

« Le *dimissioni* de' beni erano usitate in una gran parte della Francia. Sulla natura di questi atti vi erano delle regole differentissime.

«Esse potevan rivocarsi in certi paesi, non dando loro la forza di donazioni tra vivi. Questo non era pur anco un atto testamentario, giacchè sortiva un effetto presente. In questi luoghi erasi conservata la regola del dritto, secondo la quale non possonsi fare eredi irrevocabili: non si accettuavano che le istituzioni per contratto di matrimonio. Temevasi che i parenti non avessero a pentirsi di essersi troppo facilmente abbandonati a de' sentimenti di benevolenza e di aver messa troppa confidenza in quelli ai quali avean rilasciato i loro beni.

«Ma da un altro canto, questo era lasciar fra le convenzioni di famiglia un'incertezza, che cagionava i più grandi inconvenienti. Il dimessionario che avea la proprietà sotto la condizione di rivoca, lusingavasi sempre ch'essa non dovesse aver effetto. Egli trattava con delle terze persone, prendeva degl'impegni, scialacquava, vendeva, e la revoca non avea quasi mai luogo senza liti, che amareggiavano il restante della vita di chi si era dimesso e che rendevono assai peggiore la sua condizione di quello, che sarebbe stata, lasciando sussistere la dimissione.

«Si annullò questa specie di disposizione. Essa divenne inutile — I genitori potranno nelle donazioni tra vivi imporre le condizioni che vorranno; essi avranno la stessa libertà negli atti di divisione, purchè niente vi sia di contrario alle regole di sopra esposte, e giusta le quali la dimissione de'beni sarebbero state irrevocabili, se esse fossero state autorizzate ». Locré, t. 5, p. 335 e 336, n. 76 a 79. »

Jaubert nel suo rapporto al Tribunato espresse altresì che le dimissioni de' beni non sono più autorizzate, atteso il silenzio del codice: Locré, t. 5, p. 362, n. 8 in.

colle stesse formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi e pe' testamenti.

Le divisioni fatte per atti tra vivi non potranno risguardare se non i beni presenti. Questi atti sono considerati come anticipate successioni (1).

---

loro porzione in numerario soltanto, ed agli altri la loro porzione in immobili. Per massima generale,le divisioni permesse agli ascendenti van soggette alle regole prescritte per le divisioni provocate tra figli dopo la morte. Deve dunque in tutto eservi l'eguaglianza, ed a ognuno dev'esser dovuta la quota ne'corpi ereditari. L'ascendente può in vero avvantaggiare uno de'figli nell'atto di divisione; ma questo avvantaggio non può giammai risultare dall'atto preso in sè stesso come atto di divisione: l'avvantaggio dev'essere fatto in modo positivo a titolo di antiparte. In conseguenza, se i beni mobili ed immobili sono divisibili, il padre deve ad ognuno assegnare la sua quota in ispecie, altrimenti sul richiamo di un figlio,può farlo il magistrato, onde non violarsi la regola di eguaglianza stabilita dalla legge, art. 745. Se poi i beni non possono essere facilmente divisi, all'ascendente è permesso di dare immobili agli uni,e mobili o somme di danaro agli altri; arg. degli art. 751 e 752. Del resto, l'ascendente che fa la divisione può, per meglio assicurare che le sue intenzioni saran seguite, dichiarare che in caso di rifiuto di eseguirle di uno o più de'suoi discendenti, ei li priva delle loro porzioni nella quota disponibile de' suoi beni, e ch'egli le dona in antiparte a colui o a coloro tra i figli che acconsentiranno all'esecuzione delle sue volontà. Si comprende facilmente l'efficacia di tale precauzione, per impedire che si elevassero le controversie tra i figli: Grenier, n. 399; Maleville sull'art. 1078 (1031); Toullier, l. 5, n. 806, e 812; Arresto della Cass. di Parigi, 16 agosto 1826, Dalloz, *rec pér.* 26, 1, 454.—Per altro è notevole, che la Cass. di Parigi con arresto del dì 14 dicembre 1825 (Sirey, 26, 1, 186) decise, che un padre per impedire che la sua divisione sia impugnata, non può inserire la clausola che priva della quota disponibile quel figlio che insorge contro la divisione; poichè questa clausola costituirebbe una disposizione gratuita dei beni *ab irato* per la esecuzione delle clausole penali. Questo principio può incontrare gravi difficoltà, poichè un padre deve avere il dritto di avvalersi di questo mezzo, onde impedire che un figlio capriccioso disturbi la pace degli altri figli. Nè può dirsi di potere il padre con tal mezzo sacrificare i dritti i più legittimi di taluni de' figli. Imperciocchè, se la legge accorda al padre il dritto di disporre della quota disponibile a favore di uno de'figli, art. 835, a più forte ragione può subordinare il dritto di avvantaggiare uno de' figli alla condizione che gli altri figli accettino la divisione: *non debet cui plus licet, quod minus est non licere*, l. 21, ff. *de reg. jur.*

III.Si è domandato da ultimo sull'intelligenza di questo art. se la divisione in tal modo permessa agli ascendenti potesse aver luogo tra gli eredi collaterali. Grenier, n. 593 à sostenuto la negativa; e l' affermativa lo è stato da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, n. 399. Ma Duranton, t. 9, n.617 a 620 à ben dimostrato, che il collaterale potrebbe fare la divisione o con atto tra vivi, o con testamento. Nel primo caso l'atto è irrevocabile,se à tutte le forme delle donazioni tra vivi, e quindi dovrebbe valere come donazione, nè potrebbe rescindersi per lesione oltre il quarto, essendo la donazione irrevocabile, e tra collaterali è disposizione, e non già divisione. Se la divisione è contenuta in un atto testamentario, non potrebbe dirsi nulla quando à il testatore obliato l' erede più prossimo, verso il quale non aveva alcun obbligo. Non potrebbe rescindersi per lesione, poichè la volontà del defunto dev'essere rispettata, potendo egli liberamente disporre del suo patrimonio.

(1) Questo articolo stabilisce in qual forma dev'effettuarsi la divisione. Qualunque siane la forma, e qualunque qualità ell'abbia, o di disposizione tra vivi,o di disposizione a causa di morte, conserva sempre il suo carattere di divisione, sotto il rapporto dell'eguaglianza e della garantia delle quote.

Ma la legge non si limita a rammentare le formalità relative, secondo i casi, o alla donazione tra vivi, o al testamento: egli è dichiarato nell'articolo in esame, che le divisioni potranno esser fatte per atti tra vivi o testamentari, con le *formalità, condizioni* e *regole* prescritte per le donazioni e per i testamenti. Da ciò si deducono importanti conseguenze. La prima è, che per la trasmissione in virtù della divisione testamentaria, debbansi non solo osservare le forme stabilite per la validità de' testamenti, ma sono applicabili tutte le regole in quanto alla capacità dell'ascendente donante ed a quella de'discendenti. In quanto alla divisione per atto tra vivi, le regole stabilite per l'accettazione, per la forma dell' atto, per la capacità, per i beni che posson formar oggetto di donazione, per la trascrizione, sono tutte applicabili. La proprietà passa irrevocabilmente nelle mani de'figli, salvo il caso di rescissione per lesione, per pregiudizio nella legittima, per non essere stata fatta

V. gli art. 734, 807.

1033. Se nella divisione non sono stati compresi tutti i beni che l'ascendente lascia in tempo della sua morte, i non compresi saranno divisi in conformità della legge (1).

V. gli art. 734 e seg.

1034. Sarà interamente nulla la divisione, se non è stata fatta tra tutti i figli esistenti in tempo della morte, e i discendenti di quelli che premorirono. Tanto i figli o i discendenti che non vi ebbero parte, quanto quelli tra'quali venne fatta la divisione, potranno dimandarne una nuova nelle forme legali (2).

---

a tutt'i figli. Grenier, *donations*, n. 403, e *hypoteques*, n. 351; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 121; Duranton, t. 9, n. 621 a 628.

Per ciò che riguarda il pagamento de'debiti, nel caso di una divisione testamentaria, i discendenti sono tenuti indistintamente a tutt'i debiti, poichè la esistenza di una divisione testamentaria non distrugge la qualità di eredi. Se la divisione à luogo per atto tra vivi, i discendenti sono tenuti a'debiti che abbiano data certa anteriore alla divisione, come lo sarebbero i donatari universali di beni presenti; vedi nel t. 1, nota 2, pag. 426. Riguardo a'debiti creati posteriormente alla divisione, i discendenti non vi sarebbero tenuti, che nel caso che si dichiarassero eredi dell'ascendente. Grenier, n. 895; Toullier, t. 5, n. 816 e seg., Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 122; Duranton, t. 9, n. 628, 629, 630.

In fine si è promossa la quistione se possono fare i genitori la divisione de'loro beni tra i loro figli congiuntamente, o sono tenuti a farla separatamente. Può aver luogo la divisione in un solo e medesimo atto se è fatta con atto di donazione tra vivi (v. nel t. 1., p. 367). Ma la divisione contenuta in un testamento, non può farsi con lo stesso atto, art. 893; Grenier, n. 402; Toullier, t. 5, n. 815; Delvincourt, l. 3, tit. 3, nota 140; Duranton, t. 9, n. 622; Guilhon, n. 1141.

(1) Per dritto romano, se la divisione non conteneva tutt'i beni dell'ascendente, il rimanente dovea esser diviso secondo il dritto rispettivo de'figli: *Quod si quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest*, l. *si pater*, § 5, ff. *familiae erciscundae*. Ripete il codice moderno, che la validità di qualsivoglia divisione, sia tra vivi, sia testamentaria, è indipendente, relativamente a quel che contiene, dalla circostanza che la divisione non cada sopra i beni che l'ascendente, autor della divisione, lascia in sua morte. Che perciò, sia che i beni non compresi nella divisione fossero appartenuti al disponente nel tempo dell'atto, sia che gli sieno pervenuti dopo, l'atto dev'essere eseguito pe'beni de'quali dispone, ed il rimanente diviso conformemente alla legge. È questa disposizione dell'articolo in esame conferma vie maggiormente il principio, che lo scopo della legge in questo capitolo è stato di regolare la distribuzione de'beni, poichè anche nello divisioni ordinarie, la omissione di un cespite non produce la nullità della divisione, ma dà soltanto luogo ad un supplemento di divisione, art. 807. Toullier, t. 5, n. 804; Grenier, n. 401; Duranton, t. 9, n. 651.

(2) I. Non può concepirsi l'idea di una divisione, se non quando è fatta tra tutti coloro che ànno un dritto a'beni (vedi il discorso di Bigot-Préameneu nella nota 1, pag. 181). Come tal dritto non è aperto che per la morte, ne segue che, se dopo l'atto di divisione fatta anche con atto tra vivi, sopravvengano figli al disponente, questa sopravvegnenza di figli annulla la divisione; Grenier, n. 397; Toullier, t. 5, n. 813.

Duranton, t. 9, n. 635 crede che non potrebbe impugnarsi una divisione se l'ascendente passasse sotto silenzio i figli naturali, poichè, egli dice, i figli naturali *non sono eredi*. Presso di noi debbesi decidere in senso contrario, per le ragioni datene nel t. 1, nota 2, pag. 279.

II. Possono insorgere due controversie sul principio stabilito da questo articolo. La prima si è, se il figlio compreso nella divisione e che abbia lasciato discendenti, sia rappresentato da essi. Se la divisione à avuto luogo con atto tra vivi, è evidente che il figlio à trasmesso la sua quota a'suoi discendenti, e rimanendo altro a dividere dopo la morte dell'ascendente, possono per dritto di rappresentazione reclamare il supplemento. Se à avuto luogo con testamento, la premorienza del figlio che lascia discendenti non produce neanche la nullità della divisione, ma i figli del premorto raccolgono per dritto di rappresentazione la quota assegnata al loro padre, senza potersi opporre il principio che ne'legati la premorienza del legatario opera la caducità del legato; imperciocchè nella materia di cui si tratta, la divisione à per oggetto la pace delle famiglie o la distribuzione de' beni tra discendenti: or i discendenti del figlio premorto non possono dirsi omessi, poichè essi altro dritto non possono sperimentare, che, per dritto di rappresentazione, quello spettante al loro padre. Toullier, t. 5, n. 814; Duranton, t. 9, n. 631.

1035. La divisione fatta dall'ascendente potrà impugnarsi per causa di lesione oltre il quarto: come pure nel caso che dalla divisione e dalle disposizioni fatte per anteparte risultasse che uno di coloro tra'quali è stata fatta la divisione, abbia un vantaggio maggiore di quello che la legge permette (1).

V. gli art. 772, 807, 811, 829, 1258 1523.

La seconda quistiane può iesorgere, allorchè uno de'figli meore senza prole, dopo la divisione, ma prima dell' ascendente dividitore. A chi deve spettare la porzione assegnata nella divisione a tal figlio; all'ascendente dividitore, ovvero a'fratelli o sorelle di tal figlio? Bisogna distinguere se la divisiano è stata fatta coo testameato o con atto tra vivi. Nel primo caso, la porziane assegnata al figlio premorto, trovandosi nella successione dell'ascendente, è sensibile che tal porzione spetta per dritto *di accrescere* agli altri figli o discendenti, o pure è cadeca e rimane nella successiono *ab intestato*, quante volte nella divisiane abbia avuto luogo l'assegnamento di parti (vedi ciò che si è detto sul *dritto di accrescere* nella p. 168 e seg.) Nel secondo caso, l' ascendente erasi spogliato irrevocabilmente della proprietà, e la porzione che avea assegnata al figlio premorto trovasi nella costui successione. Or essendosi aperta la successiane di questo figlio, l'ascendeeta deve per dritto di ritorno legale raccogliere i beei che avea donati al figlio morto senza prole, art. 760. Grenier, n. 398; Toullier, t, 5, n. 814; Favard, v. *partage d'asc.*, e.5. Duranton, t. 9, n. 641.

III. *Durata dell'azione di nullità*—La nullità della divisione è pronunziata dalla legge di pieno dritto, ed ognueo de'figli *può domaedare una nuova divisione nelle forme legali*. Quindi se la divisione è stata fatta con testamento, l'azione di nullità dura 30 anni, poichè l'art 1258 non è applicabile che a' soli contratti. Se è stata fatta con atto tra vivi, il figlio ch'è stato omesso, à l'aziono di petizione di eredità e domandarne la divisione ne'30 anni, art. 734 e 735. Anche i figli che àn formato parte della donazione ànno 30 anni, nè osta l'art. 1258, poichè nella materia di cui si tratta, la nullità è pronunziata dalla legge, la legge à voluto stabilire l' eguaglianza tra i figli, e considera l'atto come non avvenuto, quando la divisione non comprende tutt'i figli: le divisiani permesse agli ascendenti vanno in tesi generale soggette alle regole prescritte per le divisioni provocate tra figli dopo la morte. Duranton, t. 9, n. 643.

(1) I. Ecco come il sig. Jaubert nel rapporto al Tribunato à spiegato questo articolo:

«Se un errore fosse sfuggito all'ascendeote, o se una ingiustizia gli fosse stata carpita, la divisione potrebb' essere attaccata per causa di lesiane.

«Non si può prevedero cho due casi.

«O il padre si è limitato ad una divisione per tutto ciò che à lasciato a'suoi figli; o indipendentemente dalla divisioea fece disposizioni per antiparte a beeefizio di uno de' suoi figli.

«Se il padre non fece altra disposizione cho la divisiane, l'atto non potrà essere attaccato che per lesiona sorpassante il quarto (*).

«Se dunque un figlio avessè ricevuto per la divisione il valore di lire 1500, acciocchè ei facesse proounziare la rescissione, dovrebbe risultare dalla liquidazione che, supponendo la divisione uguale, lui medesimo dovesse ricevere più di lire 2000. Tale proporzione del quarto non poteva più saggiamente esser cambinata, poichè ie ogni caso il padre può disporre del quarto delle sue facoltà, e che in tal modo è impossibile cha un figlio abbia un giusto motivo di lagnarsi, allorchè la differenza della sua parte non eccoda il quarto.

«Il secondo caso è quello nel qoale un padre faccia la divisione dopo di aver disposto di tetta o di parte della porzione dispanibile, e la legge vuole allora che, abbenchè non vi sii una lesione del quarto nella divisione, vi sii luogo ad attaccarla, se cumulaodone la disposizione e l'eccedente dalla porzione che ciascuno avrebbe dovuto avere, se le parti fossero state uguali, il padre surpassato avesse il suo dritto di disporre.

«L'oggetto di qnesta cambinazione si è di prevenire gli eccessivi avvantaggi che potessero aver luogo per la riunione della qeota dispoeibile ad un eccedeete della divisione negli altri beni.

«Per esempio, un padre à lire 60,000 di facoltà, e due figli; egli dà ad uno di essi lire 30,000 che furmano la metà (**) dispoeibile, indi eel dividero le lire 30,000, dà ad uno li-

---

(*) Cotesta nuova disposizione dell'art. 1035 cambia assolutamente la dottrina delle leggi romane, secondo le quali la divisione fatta dall'ascendente doveva essere eseguita, per quanto ineguale fosse, purchè ognuno de' figli rinvenisse nella quota che gli era deferita, la legittima; *l. parentibus*, Cod., lib. 3, titolo 28.

(**) Il testo dice il *terzo* disponibile, poichè pel codice francese la disponibile variava secondo il numero de'figli, e quando il padre aveva due figli, la disponibile era di un terzo (vedi nel t. 1, nota alla p. 392). Noi abbiamo sostituito la voce *metà*, per adattare la teorica alle nostre leggi, secondo le quali la disponibile è sempre di una *metà*, qualunque sia il numero de' figli, art. 829.

1036. Il figlio che per alcuna delle cause espresse nell'antecedente articolo impugni la divisione fatta dall'ascendente, dovrà anticipare le spese della stima; e vi sarà diffinitivamente condannato, del pari che a quelle della lite, se il richiamo non è fondato.

V. l'art. 222, p. c.

---

re 19,000, ed all'altro lire 11,000: l'eccedente della divisione non è che di lire 4,000; non vi è lesione del quarto rispetto alla sola divisione, o se questa lesione era necessaria, uno de' figli avrebbe lire 49,000, nel mentre che l'altro non avrebbe che lire 11,000, in luogo che, seguendo la legge, questo non può avere meno di lire 15,000: l'oggetto della legge è di non conservare al padre che un sol mezzo di avvantaggiare uno de' suoi figli a pregiudizio dell'altro.

«Se si limita ad una divisione, egli può fare questo avvantaggio, dando ad uno una porzione più forte, previsto che l'altro non sia defrandato di più del quarto. Fa egli nel tempo stesso un dono ed una divisione, nella quale vi sia una porzione più forte? Se l'eccedente di questa tal porzione ed il dono sorpassano la quantità disponibile, la divisione può essere impugnata, abbenchè l'altro figlio sia leso meno del quarto nella divisione. Altrimenti un padre potrebbe in due maniere favorire uno de'suoi figli: 1.° Nel dare la quantità disponibile; 2.° Nel fare una divisione inegoale colla precauzione di non eccedere il quarto: ed ecco ciò che la legge non permette».—Locré, t. 5, p. 361, n. 79.

Questo essendo il senso dell'art. 1035, non possiamo convenire con Duranton, t. 9, n. 649, il quale sostiene, che quando la quota disponibile è stata data ad un estraneo, ed il padre facendo la divisione tra i figli, assegna ad uno un valore maggiore di quello assegnato all'altro, questo figlio meno considerato, ma non leso oltre il quarto, non può domandare la rescissione della divisione; poichè il fratello non à un vantaggio maggiore di quello che la legge gli permette. Questa dottrina tende a sacrificare i dritti della legittima, poichè un padre dopo di aver disposto della quota disponibile, potrebbe indirettamente toccare, con una divisione, quella legittima che la legge dichiara intangibile. La divisione permessa da questo capitolo è un favore accordato al padre che vuole conservare la pace e l'armonia nella sua famiglia; ma non mai la legge à potuto avere per iscopo, derogando alle regole del dritto comune, rendere la legittima nel demanio del padre. Nè vale l'opporre, che il figlio che non è prelegatario della disponibile, avvantaggiato nella divisione, non à avuto più di quello che la legge permette. Imperciocchè il figlio meno trattato non attacca la divisione, perchè il padre à avvantaggiato l'altro figlio oltre il permesso della legge, ma impugna il dritto del padre a poter fare la divisione. Quando il padre à esaurito a favore di estranei il patrimonio disponibile, ogni figlio che si creda leso dalla divisione fatta tra i figli nella sola legittima, può domandarne la rescissione. Nelle divisioni ordinarie, ed anche in quella degli ascendenti, la lesione *infra* il quarto non è causa di rescissione, poichè nel valore estimativo di ogni quota può esservi errore, può esservi una certa ineguaglianza, ma essendo *infra* il quarto, non vince i confini della tassa al di là della quale non più si suppone l'errore. Ma quando la divisione fatta dall'ascendente cade unicamente sul patrimonio indisponibile, possono più aver luogo le stesse presunzioni? Può dirsi che l'errore non vince la tassa al di là della quale non si suppone lesione, quando il figlio reclama l'illegalità della divisione, l'offesa al dritto della legittima?

II. Il convenuto coll'azione per rescissione di una divisione fatta da un ascendente può arrestarne il corso, ed impedire una nuova divisione dando il supplemento della sua quota ereditaria, sia in ispecie, sia in danaro, come se si trattasse di una divisione fatta dopo la morte: è applicabile l'art. 811. Grenier, n. 401; Toullier, t. 5, n. 804; Duranton, t. 9, n. 651.

III. La divisione non è nulla, solo perchè contiene una lesione oltre il quarto: dessa è solamente rescindibile, come decise la Cass. di Parigi con arresto del dì 22 luglio 1828, Sirey 28, 1, 281.—Ma in qual termine debbe intentarsi la domanda di rescissione? Nel termine di dieci anni, come decise la stessa corte di Cass. a'28 marzo 1820, in Dalloz, v. *disposit entre vifs et testam.*, c. x.—Non si è però di accordo sull'epoca in cui dova cominciare questo termine. Dalloz nella *réc. pér*, 1825, p. 250, à presentato talune osservazioni per sostenere che il termine deve decorrere dal dì della divisione, mentre che l'arresto ivi riportato fa decorrere il termine dal dì della morte dell'ascendente. E la Corte di Bordeaux decise nello stesso senso nel dì 14 gennajo 1827 (Dalloz, *réc. pér*, 1827, 1, 113) dichiarando che la divisione con atto tra vivi non può essere impugnata mentre vive l'ascendente. Duranton, t. 9, n. 645 e 646 ritiene che il termine per impugnare la divisione comincia a decorrere dal giorno in cui fu accettata la divisione fatta con atto tra vivi, e dal giorno in cui si scovrì il testamento dopo la morte del testatore, se fosse fatta con atto testamentario: essendovi minori, dal dì della loro maggior età. Noi crediamo che durante la vita dell'a-

CAPITOLO VIII.

Delle donazioni fatte per contratto di matrimonio agli sposi, ed a' figli che nasceranno dal matrimonio (1).

1037. Ogni donazione fra vivi de'beni presenti, quantunque fatta per con-

---

scendente, non decorre il termine per impugnare a causa di lesione la divisione. La morale si oppone che il figlio cominciasse in vita del padre ad opporre eccezioni contro quel atto, che il padre à stimato di fare per evitare contrasti tra i figli. D'altronde la lesione non potrebbe provarsi in vita dell'ascendente, perciocchè essendo la divisione con atto tra vivi un'anticipata successione, non può conoscersi che all'epoca della morte, se esisterà o pure no la lesione. Le divisioni degli ascendenti sono in tesi generale assimilate alle divisioni fatte dopo la morte, e non vedesi quindi la ragione, perchè non debbesi aspettare la morte, per far cominciare a decorrere il termine in parola.

IV. Conviene da ultimo notare, che se la divisione fosse nulla per non essere fatta tra tutt'i figli o discendenti, o semplicemente rescindibile, e contenesse una donazione per antiparte, questo dono deve conseguire il suo effetto. L'atto contiene due disposizioni, la divisione e il dono per antiparte. Essa può cessare di sussistere come divisione, e conservare il suo effetto come dono per antiparte. Sono queste due cose, l'una indipendente dall'altra: *utile per inutile non vitiatur*. Grenier, n. 400; Toullier, t. 5, n. 812; Duranton, t. 9, n. 650. Arresto della Cass. di Parigi del 14 maggio 1832, nel *Journal du Palais*, detto anno.

(1) I. Le donazioni a contemplazione di matrimonio ànno sempre meritato l'attenzione de' legislatori, poichè interessa allo stato che i matrimoni siene incoraggiati, e sarebbe un porvi ostacolo se non si concedesse il più libero corso alle donazioni, senza delle quali non si formerebbero questi ligami.

Le donazioni *ante nuptias*, di cui è parola nel tit. 3 del libro quinto del Codice di Giustiniano, non erano usate nell'antico dritto romano, e perciò nel digesto non si fa di esse menzione. Cominciarono a venire in uso ne'tempi degl'imperadori Leone e Zenone, e consistevano queste donazioni in ciò, che siccome la moglie portava la dote al marito per sostenere i pesi del matrimonio, così questa donazione si faceva dal marito alla moglie per sicurezza della dote di costei; così che sciolto il matrimonio e soddisfatta la moglie delle doti, doveva restituire ciò che il marito le aveva donato *ante nuptias*, l. ult., C. *de donat. inter vir. et uxor* Queste donazioni si chiamavano *ante nuptias*, perchè potevano solamente farsi avanti il matrimonio, ed in opposizione alle donazioni ch'erano vietate tra conjugi, dopo contratto il matrimonio; ma Giustiniano (l. 19, C., lib. 5, tit. 3) volle chiamare queste donazioni *propter nuptias*, perchè potevano costituirsi di nuovo, ed aumentarsi dopo contratto il matrimonio, ad esempio della dote. Da ciò nasce che il titolo 3 del libro 5 del codice porta il titolo *de donationibus ante nuptias, vel propter nuptias, et sponsalitiis*.

Ma queste specie di donazioni, di cui è parola nel citato titolo del Codice romano, nulla ànno di comune con le donazioni a contemplazione di matrimonio, che in Francia, presso di noi ed in quasi tutt' i paesi inciviliti di Europa si usavano ne'tempi passati, siccome à osservato il dottissimo Cujacio ne' paratitli al citato titolo del Codice. Conviene perciò per la storia del dritto, che ci tratteniamo alquanto a brevemente discorrere delle antiche nostre donazioni a contemplazione di matrimonio, senza entrare però ne'minuti dettagli, sui quali si esercitarono le penne de'nostri forensi, e molti volumi si scrissero sul proposito.

Le donazioni a contemplazione di matrimonio eran quelle che si facevano col contratto nuziale, ad oggetto di facilitare i matrimoni, o collo scopo di considerare la discendenza del donatario: Cardinal de Luca, *de donationibus*, *dis.* 12, a. 12 e 13. Se dubitò importanto nel foro, se le donazioni a contemplazione di matrimonio avendo sempre in mira la dipendenza del donatario, i figli venivano a raccogliere i beni donati *come figli* o come eredi del donatario. È celebre la risoluzione 89ma del Reggente de Marinis, il quale raccogliendo tutte le autorità *pro* o *contra* degli scrittori che l'avean preceduto, stabilì il canone, che i figli del donatario venivano come *eredi*, quando anche di essi si era fatta espressa menzione nell'atto di donazione, poichè il padre avea accettato per essi, che acquistavano il dritto *ex providentia patris donatari*; ed il Cardinal de Luca (*de donat.* dis. 3) attesta che fin da'suoi tempi era *canonizzato* il canone proclamato da de Marinis. E perciò Molfesio (*cons.* 4, n. 16) suggerì la cautela, che il donante volendo che i figli del donatario venissero come *figli*

V. gli art. 855, 867, 871, 884, 885, 1042, 1043 a 1045.

tratto di matrimonio agli sposi o ad uno di essi, sarà sottoposta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a questo titolo.

---

e non già com'eredi, doveva espressamente dichiarare questa volontà nella donazione. Così rapportano di essere stato deciso nel Sacro Consiglio, de Ponte, *cons.* 80, n. 16; Odierna *ad Surd.*, *decis.* 322, n. 11 e 28. E la nostra Corte Suprema di giustizia giudicando su di donazioni a contemplazione di matrimonio fatte sotto l'impero della vecchia giurisprudenza, à seguito lo stesso massimo all' uopo stabilito dal Sacro Regio Consiglio: decis. degli 11 giugno 1835 (causa *la Pera* e *Mauro*); de'24 novembre 1838, (causa *Mastrogiovanni* e *Felicita*); de'26 settembre 1839 (causa *Gensani* e *Raimondi*); de'27 gennajo 1843 (causa *Mori* e *Dolce*).

Eran varie le conseguenze della chiamata de'figli come *figli* o come *eredi*, e che possono ridursi alle seguenti:

1.° Venendo i figli com'eredi del donatario, dovean rispettare le alienazioni da costui fatte de'beni donati: venendo come figli, ricevevano direttamente dal donatore i beni compresi nella donazione, e non potevano perciò esser pregiudicati dal fatto del loro padre donatario: de Franchis, decis. 205; Cardinal de Luca, *de donat.*, dis. 2, n. 7 e 8, e dis. 3, n. 5, 6 e 7.

2.° I figli venendo come figli, eran compresi non solo i maschi ma anche le femmine, l. 1, *de verb. signif.* Chiamati com'eredi, le femmine essendo escluse dalla successione del padre (t. 1, nota 1, pag. 265) non avevan dritto che alla dote di paraggio: Capecelatro, *decis.* 38, n. 48; de Marinis, *resolut.* 68, n. 23. Si opponeva a questa giurisprudenza, che tutta la discendenza del donatario, senza distinzione di sesso, era nella mente del disponente di considerare; ma chiari giureconsulti e le decisioni più memorabili nel foro replicarono a questa obiezione, che siccome lo statuto escludeva dalla successione del donatario le femmine, si presumeva che la volontà dell' uomo fosse conforme a quella dello statuto: Menochio, *de praesumt.*, *presumt.* 84, n. 3; Fusario, *de fideicom.*, quest. 311, n. 42; Pellegrino *de fideicom.* art. 25, n. 50; Capecelatro, *decis.* 3, n. 3, 4 e 9.

3.° Venendo i figli nascituri com'eredi del padre donatario, ne'beni donati dovevan succedere ai i figli nati dal matrimonio in favore del quale fu fatta la donazione, che i figli del donatario nati da altro matrimonio, per la ragione che i figli succedevano nella qualità ereditaria del padre. Chiamati poi i figli nascituri come *figli*, raccoglievano i beni donati i soli figli nati dal matrimonio in favore di cui fu fatto la donazione, ed all'uopo dice acconciamente il Cardinal de Luca: *ubi concurreret filiorum vocatio, tunc secum dicendum esset, ut non nisi filiis illius matrimonii donatio competat, non quidem jure successorio, sed potius indipendenter a patre ex propria persona jure dictae donationis, ut caeteris reclatis plene firmatur in* MELFITANA DONATIONIS CORAM CERRO, dec. 230 e 428 *in quibus habetur concordantes, cum responsionibus ad omnia objecta: de donat. dis.* 10, n. 4.

E siccome la conservazione de'beni nelle famiglie fece in Europa prevalere il principio, che pel dritto successorio le femmine eran escluse da'maschi, così anche nelle donazioni a contemplazione di matrimonio, i donanti solevano bene spesso chiamare i figli maschi *tantum* del donatario. E qui è notevole, che la chiamata de'maschi avea per oggetto, secondo le idee del tempo, di escludere le femmine, per accordar la preferenza a'maschi, così che in mancanza di maschi, eran le femmine comprese; donde il brocardo, *donatio semper fit in favorem masculorum, et non in odium foeminarum, ad conservandam familiam.* Che anzi, gli scrittori insegnavano e le curie di Europa giudicavano, che quando anche nel testo della donazione, le femmine eran escluse, *dictione semper*, dovevano ammettersi nella deficienza de'maschi, mentre cessata era la causa finale dell'esclusione. Il Moles (*dec. Reg. Cam. Summ., de jure devolut.*, § 23. quaest. 4, n. 1 a 14) ci à conservato una classica decisione in questo senso profferita dal Collateral Consiglio nel 19 gennajo 1571, e Giuseppe de Rosa nella lunga ed erudita consultazione 69 espose, che anche nel caso di essersi dal disponente pronunziata la esclusione delle femmine, *dictione semper et in omni casu*, pure bisognava convenire, che nella deficienza totale de'maschi, le femmine eran chiamate.

II. Le donazioni a contemplazione di matrimonio eran talmente favorite, che mentre era un principio di dritto, che le stipulazioni ed i contratti che avessero per oggetto successioni future, sarebbero riguardati come nulli e non avvenuti (v. nel t. 1, nota 1, pag. 298), pure s' introdusse l' uso di instituire un erede per contratto di matrimonio, e furono queste disposizioni chiamate *istituzioni contrattuali* in Francia, ed *hereditamenta* nelle Spagne. Della istituzione contrattuale riesce impossibile di determinare la origine, e noi ne discorreremo di proposito la storia nella nota 1, pag. 191. Qui diremo soltanto, che la istituzione contrattuale era un patto successorio, una convenienza, cioè una convenzione inter-

Essa non potrà aver luogo a vantaggio de'figli da nascere, se non ne'casi espressi nel capitolo VI di questo titolo (1).

V. gli art. 1003 e 1004.

---

no alla successione; l'erede contrattuale era un erede convenzionale. Tutte queste parole eran adoperate in opposizione all'erede nominato per testamento, il quale non era un patto, una convenzione e non ne aveva gli effetti, dapoicchè era sempre rivocabile. Non si è potuto diffinir l'istituzione contrattuale che dicendo, ch'essa è una donazione irrevocabile della successione dell'istituente.

III. Riconoscevasi una terza specie di donazioni, cioè quella de'beni presenti e futuri. I giureconsulti eruditi non disconvenivano, che le leggi romane permettevano le donazioni universali de'beni presenti e futuri; e questo provarono molto a lungo e con più testi, Cujacio sulla l. 35, C. *de donat.*, Perezio, cod. tit. *de donat.* n. 18, e Voet *ad pandectas*, lib. 39, tit. 5, n. 10. Ma la scuola pratica nel nostro regno non aveva convenuto in silfatto principio, e mentre regnavano nel foro le più grandi incertezze, pure si stabilì di potersi donare i beni futuri, riservandosi in qualche cosa l'esercizio della facoltà di testare, come può vedersi in de Franchis, *decis.* 594, *cum* de Luca.

IV. In questo stato della giurisprudenza, i compilatori del codice civile considerarono, che le regole più severe stabilite per le donazioni tra vivi e pe'testamenti dovevan cedere in favore del matrimonio. Il padre che marita i suoi figli, si occupa della loro discendenza: la dotazione attuale deve adunque esser quasi sempre subordinata a delle disposizioni sulla futura successione. Non solamente i contratti di matrimonio partecipano della natura degli atti tra vivi e de'testamenti, ma debbonsi ancora considerare qua'trattati fra le due famiglie, che debbon esser fatti colla massima libertà.

Su questi principi son fondate le disposizioni in questo capitolo contenute, e che stabiliscono la regola fondamentale, che tre differenti specie di donazioni possono aver luogo per contratto di matrimonio: 1.° Donazioni di beni presenti, art. 1037; 2.° Donazione di tutti o parte de'beni che il donante lascia all'epoca della sua morte, ossia *istituzione per contratto*, art. 1038; 3.° Donazione di beni presenti e futuri, art. 1040.

(1) Abbiamo chiuso la nota precedente coll'osservare, che il legislatore riconosce tre maniere di donare a contemplazione di matrimonio; e tale distinzione è relativa alla natura ed al modo delle cose largite. L'una è di beni presenti soli, giusta l'art. 1037, che ci faremo ad esaminare.

I. Le regole generali prescritte per le donazioni ordinarie debbono osservarsi nelle donazioni di beni presenti a contemplazione di matrimonio. Questo principio testualmente stabilito dall'art. in esame, mena alla conseguenza, che quanto è prescritto dall'art. 855 e seg. sotto il rapporto della forma dell'atto di donazione, della natura, delle condizioni intrinseche alla validità della donazione, de'suoi effetti, sono esse applicabili alle donazioni di beni presenti a contemplazione di matrimonio. Quindi:

1.° L'atto di donazione dev'essere autentico, art. 855.

2.° Debbonsi osservare le regole di cui è parola nel *t.* 1, nota alla p. 375, e nota 1, p. 378, in quanto alle epoche da considerarsi per la capacità del donante e del donatario.

3.° La donazione spoglia irrevocabilmente il donante, articolo 814, così che morendo il donatario prima del donante, trasmette i beni donati a'suoi eredi anche collaterali. E sul proposito debbesi osservare, che l'art. 1044 non comprende le donazioni fatte in virtù dell'art. 1037 fra quelle che sono caduche per la premorienza del donatario o della sua prole. Grenier, n. 405; Toullier, t. 5, n. 825.

4.° Il donante può stipulare la riversione per sè o pe'suoi eredi, art. 875 e 876.

5.° Le donazioni de'mobili debbono essere accompagnate da uno stato estimativo, art. 872, e quelle degli stabili debbono essere trascritte, art. 864.

6.° Le donazioni a contemplazione di matrimonio non possono pregiudicare i dritti di legittima degli eredi del donante, art. 1044, e sono altresì rivocabili per sopravvegnenza di figli, art. 885.

7.° Per essere capace di ricevere, bisogna essere almeno concepito al momento della donazione, art. 822, e perciò il 2.° comma dell'art. in esame stabilisce, che la donazione di beni presenti a contemplazione di matrimonio non può aver luogo a vantaggio de'figli da nascere, che nel caso del capitolo 6 di questo titolo; o in altri termini, lo sposo o gli sposi donatari possono essere soltanto dagli ascendenti donanti, o da'fratelli e sorelle che fanno la donazione, esser gravati di restituire a'figli nascituri, art. 1003 e 1004. Quindi, se la donazione fosse fatta direttamente a'figli nascituri sarebbe nulla, perchè fatta a favore di persone incapaci: e se il donante dicesse di donare al donatario *ed a'figli nascituri*, il donatario non sarebbe meno proprietario, e potrebbe liberamente disporre de'beni donati. Se il donatario muore, lasciando figli, costoro non possono raccogliere i beni al loro padre do-

1038. I padri e le madri, gli altri ascendenti, i parenti collaterali degli sposi, ed anche gli estranei, potranno per contratto di matrimonio disporre

---

nati, che come eredi di costui nel cui capo era irrevocabilmente passata la proprietà. Toullier, t. 5, n. 820; Grenier, n. 408.—Dal quale principio consegue, che succedono al donatario ne' beni donati non solo i figli nati da quel matrimonio a contemplazione del quale fu fatta la donazione, ma anche i figli nati al donatario da altro matrimonio: vedi la nota precedente.

II. *Differenze generali tra le donazioni ordinarie e quelle a contemplazione di matrimonio di beni presenti.*—Abbiamo veduto che le norme statuite per le donazioni sono applicabili alle donazioni di beni presenti a contemplazione di matrimonio. Si è però derogato in favore del matrimonio a varie regole intorno ad esse con apposite od espresse eccezioni, che giova riunire:

1.° Le donazioni a contemplazione di matrimonio non sono soggette alla revoca per ingratitudine, art. 884; mentre l'ingratitudine per le ordinarie è causa di revoca, art. 878.

2.° La mancanza di accettazione rende inutile le donazioni ordinarie, art. 856, laddove ciò non avviene per le donazioni a contemplazione di matrimonio, art. 1042.

3.° È nulla la donazione di beni presenti, se vi è apposta la condizione di soddisfare altri debiti e pesi fuori di quelli esistenti all'epoca della donazione, art. 869; laddove ciò è per le donazioni *respectu matrimonii*, art. 871.

4.° Per le ordinarie donazioni è statuito che quando il donante si à riservato di disporre di una cosa o di una somma certa compresa nella donazione, la cosa o la somma apparterrà agli eredi del donante, non ostante qualunque clausola in contrario, art. 870, il che è permesso nelle donazioni *respectu matrimonii*, art. 871 (*). Parimenti è nulla la donazione ordinaria fatta sotto una condizione potestativa pel donante, art. 868; mentre questa condizione può apporsi alle donazioni a contemplazione di matrimonio, art. 871.

(*) È notevole che nel codice francese l'art. 1086, soppresso nelle nostre leggi civili, disponeva così: «La donazione per contratto di matrimonio a favore degli sposi e de' figli che nasceranno dallo stesso » matrimonio, da qualunque persona provenga, potrà anche farsi colla condizione di pagare indistintamente tutt' i debiti e pesi della eredità del donante, ovvero sotto altre condizioni, l'esecuzion delle » quali fosse per dipendere dalla sua volontà: il donatario sarà tenuto di adempire a queste condizioni, » quando non prescelga di rinunziare alla donazione; e nel caso che il donante, nel contratto di matri» monio, si abbia riservata la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione de' suoi beni pre» senti, o di una determinata somma da prendersi su detti beni, la cosa o la somma, quando egli mo» risse senza averne disposto, si reputeranno comprese nella donazione, ed apparterranno al donatario » o a' di lui eredi ».

Questo articolo lasciava dubbii, se le prime due disposizioni in esso contenute comprendessero anche le donazioni di soli beni presenti, nell'atto che la terza disposizione relativa a' beni riservati era per le sole donazioni di beni presenti. Dufore sosteneva, che comprendeva entrambe le donazioni; gli autori delle pandette francesi insegnavano, che risguardava le sole donazioni di beni presenti. — Con la soppressione dell'articolo si è tolta ogni quistione, poichè di già con l'art. 871 si trovano per le donazioni a contemplazione di matrimonio, modificate le regole delle donazioni ordinarie stabilite dagli art. 867, 868, 869 e 870.

Ma, in quanto all'abolizione del citato art. 1086 del codice francese, il processo verbale del supremo Consiglio di Cancelleria, si esprime così:

«Il Consigliere Sollima dice: la roba riserbata di cui non si è disposto, deve andare all'erede legitti» mo, non mai al donatario, eccetto patto in contrario. Ciò nasce dalla massima, che *dare e ritenere* » *non si può*. Nell'articolo dunque devesi dire l'opposto. È vero che tali donazioni sono privilegiate, » e si può in esse apporre tutto ciò che non è contrario a' buoni costumi; ma tutto quello che contiene » contraddizione non può formare oggetto di veruna disposizione o convenzione. Come si può presume» re la donazione nell'atto che si ritiene?

«Il Consigliere Magliano risponde, che dovrebbe togliersi questo art., e seguirsi le regole contenute » nell'art. 870 come più semplici.

«Il Consigliere Sarno soggiunge. Bisogna distinguere. Riserva di cosa da riserva di dritto su la co» sa donata. Chi riserva un cespite per disporne non lo dona sicuramente. Chi poi riservasi una facol» tà, si riserva un dritto di fare, che non facendo, non diminuisce il dono; ma può dirsi che tutto dona » sotto condizione se non ne disponga.

«L'opinione del Consigliere Magliano è accolta ».

Deducono intanto i signori Magliano e Carrillo (t. 3, p. 562) dalla soppressione dell'art. 1086, che l'art. 871 basta a togliere l'effetto a' quattro art. precedenti nelle donazioni a contemplazione di matrimonio. «Ma, essi soggiungono, rapporto all'ultimo caso dell'art. 872, la limitazione al medesimo, ben» chè sussista nell'art. 871, non può reggere però a' termini dell'art. 1086 del codice civile francese non » adottato. Sussisterà più ampia, applicandosi tanto alle donazioni de' soli beni presenti, quanto de' pre» senti e futuri, e ad ogni donazione a causa di matrimonio, o che vi si comprendano o no i figliuoli » da nascere; ma non potrà dirsi, come in detto art. 1086 era espresso, che nelle donazioni per contrat» to di matrimonio, non usando il donante della riserbata facoltà di disporre, i beni o le somme riser» bate intendansi nella donazione compresi; ma solo che andranno agli eredi del donante secondo la re-

di tutti o di parte de' beni che lasceranno in tempo della loro morte, tanto a favore de'detti sposi, che de'figli da nascere dal lor matrimonio, nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo donatario (1).

---

(1) Chiamasi *istituzione contrattuale* una disposizione tra vivi ed a titolo universale, che fa un erede indipendentemente dalla legge.

Per discutere con ordine questa materia importantissima, che forma oggetto delle disposizioni degli art. 1038 e 1039, noi la divideremo in 5 §. Nel primo tratteremo la storia delle istituzioni contrattuali. Nel secondo, della natura e caratteri della istituzione contrattuale. Nel terzo, degli atti co' quali si può instituire in tal modo. Nel quarto, delle persone che possono instituire ed essere instituite in siffatta guisa. Nel quieto, degli effetti della istituzione per contratto.

I.

Storia della istituzione contrattuale.

Difficilmente potrebbero rinvenirsi le tracce della istituzione contrattuale nel dritto romano, che stabilì in principio di esser nulle le stipulazioni e le convenzioni sulle future successioni (t. 1, nota 1, pag. 298), ancorchè contenute nelle tavole nuziali, l. 15, C. *de pactis*; non che aborriva il *votum captandae mortis*. Fare ad un tempo testamento ed un contratto erano cose contraddittorie, così che la l. 2 ff. *de V. S.* diceva, *verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi jus*. Egli è vero, che la legge 19, C. *de pactis* permetteva a due soldati il patto di succedersi reciprocamente, ma questi patti non ligavano irrevocabilmente i soldati, ed erano considerati come semplici regolamenti *ab intestato* introdotti in favore de' militari che noe avevano bisogno di alcuna solennità per testare: Perezio, Cod. tit. *de pactis*, lib. 2, tit. 3, n. 16.

Egli è importante notevole, che l'imperatore Leone il filosofo con la novella 19 autorizzò il patto della istituzione dell'erede, allorchè fosse scritto nelle tavole nuziali, vietando altresì al donante di poter rivocare l'erede nominato. Ma questa novella non ebbe autorità in occidente, come non l'ebbero tutti gli atti emanati dagl'imperatori di Bisanzio, e perciò non formano parte de' monumenti della romana giurisprudenza.

Dopo la morte di Giustiniano, l'Italia cadde nel dominio de' Longobardi (t. 1, *Introduz.* p. 15) e quindi frequentissimi divennero i patti successori, poichè presso i popoli della germania i patti successori eran riconosciuti, e la nomina dell'ereda contenuta in un contratto nuziale era irrevocabile: Heinnec., *elementa juris germanici*, lib. 2, tit. 6. Risorto lo studio della scienza romana per opera della scuola di Bologna, l'Europa trovavasi sottoposta all'aristocrazia feudale, e quando Gerardo Niger ed Oberto de Orto composero il libro de'feudi, incominciavasi ad insegnare pubblicamente il dritto romano. Questi compilatori vi rimarcarono, che i soldati potevano istituirsi reciprocamente per contratto; e siccome il possesso di un feudo produceva in quell'epoca l'obbligazione del servizio militare, così credettero poter considerare come soldati tutt' i possessori de' feudi, ed accordar loro, in tal qualità, il potere di farsi gli eredi per contratto. Dopo questo primo passo si estese insensibilmente alla successioni ordinarie un uso introdotto sulle prime per le eredità milita-

---

» gola generale adottata, quante volte però non siavi clausole e stipulazione contrarie; il che si ebbe in » oggetto nel sopprimerlo. La eccezione dell'art. 871 questo effetto solo può operare per limitazione del- » l'art. 870, giacchè la limitazione non può nè dee cadere che sulle espressioni, *non ostante qualunque* » *clausola in contrario*, le quali reggono ed animano la integrità delle proposizione, il cui contrario » è, *non apparterrà agli eredi del donante, estandovi qualche clausola e stipulazione contraria*. Sic- » come dunque nelle semplici donazioni non può convenirsi che la riserbata facoltà di disporre ceda ai » donatari, non usandosene; così nelle donazioni a contemplazione di matrimonio non vengono tali » clausole e convenzioni riprovate; il che è anche più ragionevole e regolare, e secondo i buoni princi- » pii del dritto ».

Noi ammettiamo la dottrina de'lodati comentatori per ciò che riguarda le sole donazioni di beni presenti, le quali spogliando irrevocabilmente il donante, debbesi applicare la regola comune che *donare e ritenere non vale*. Ed il favore de' matrimoni è tale, che mentre nelle donazioni ordinarie la riserva di un oggetto produce l'effetto, che morendo il donante senza averne disposto, va compreso nelle sue eredità, *non ostante il patto in contrario*, nelle donazioni di beni presenti e contemplazione di matrimonio, può pattuirsi che non avvalendosi il donante delle riserva di disporre di un oggetto compreso nella donazione, questo va a beneficio del donatario.—Ma nelle istituzioni contrattuali e nelle donazioni cumulative di beni presenti e futuri, la riserva che fa il donante di disporre a titolo gratuito di una cosa, non avendo luogo la disposizione per parte del donante degli oggetti riservati, rimangono essi compresi nella istituzione, come meglio vedremo nella nota seguente.

Tal donazione, quantunque fatta a vantaggio soltanto degli sposi o di uno

---

ri o feudali, e si pervenne a poco a poco fino a dire, che ogni persona nobile o plebea potova disporre irrevocabilmente di tutta la sua eredità con un contratto di matrimonio. Ed a comporre ogni disputa in tal materia, Bonifacio VIII colla nota sua decretale (cap. *quamvis*, *de pactis in 6*) si avvisò introdurvi la solennità del giuramento; per virtù del quale svanendo del tutto la libertà di rivocare, il vigore di que' patti restava inconcusso. Questa giurisprudenza passò in quasi tutt'i paesi inciviliti di Europa: in Ispagna patti di tal natura furono chiamati con la voce *hereditamenta*, ed in Francia sotto il nome d'*institutions contractuelles*. V. Vinnio, *Inst.*, *de pactis*, c. 19; Strykio *de pactis successoriis*, c.5; Fabro, Cod. l. 5, tit. 9, *def.* 8; Heinnecio, *elementa juris germanici*, lib. 2, tit. 6; Perezin, C., l. 2, tit. 3, n. 17, 18, 21; Voet, tit. *de pactis dotalibus*, n. 58; Fontanella, *de pactis nuptialibus*, claus. 4, glossa 9; Sorge, *additamenta*, vol. 2, p. 41; Merlin, rep. v. *institution contractuelle*, § 1.

Nel nostro regno la frase *istituzione contrattuale* non era adoperata, ed è stata una grave quistione tra i forensi, se la nomina dell'erede contenuta nel contratto matrimoniale, fosse irrevocabile. Da molti si sosteneva la negativa, per la ragione che tal patto conteneva il *votum captandae mortis* riprovato da' buoni costumi; ma l'esempio degli altri tribunali di Europa fece ammettere l'irrevocabilità del patto in parola, quando conteneva l'istituzione in beneficio degli sposi e della prole nascitura in determinati beni ereditari, così che rimaneva libera al donante la facoltà di testare nel rimanente de' beni: Decio, consil. 516 e 656; de Franchis, decis. 594, *cum de Luca*; de Marinis lib. 2, c. 160; Fontanella ibid.

Nel chiudere questo discorso sulla progressione istorica della istituzione contrattuale, è pregio dell'opera riportar qui per esteso un arresto della nostra Corte Suprema di giustizia profferito addì 30 marzo 1833 (causa *Paolillo e Mastropaolo contro Giovinazzi*), col quale si è ritenuta irrevocabile la istituzione dell'erede contenuta in un contratto di matrimonio stipulato sotto l'impero della vecchia giurisprudenza. Siccome tuttavia sono frequenti le controversie che si agitano nel foro su antiche donazioni contenenti istituzioni contrattuali, giova conoscere la massima ritenuta dalla Corte regolatrice. Ecco le parole dell'arresto.

« La Suprema Corte à osservato, che il patto della futura successione ne' capitoli matrimoniali, era un'opera della giurisprudenza universalmente ricevuta, e che formò una terza specie di successione di una natura tutta diversa dalle successioni legittime e testamentarie, chiamata con particolar nome *istituzione contrattuale* o *convenzionale*, e coeva quasi al risorgimento delle leggi latine, ammessa per consuetudine. Che la introduzione di una siffatta istituzione ebbe per base il favore delle nozze; per cui la principal sua condizione era l'avvenimento del matrimonio, ed il suo scopo l'assicurazione di una parte de' beni di colui che la promettova pel vantaggio e più comoda sussistenza degli sposi e de' figli nascituri. Che atteso questo rilevante oggetto che diè luogo a tal sorta di stipulazioni, è chiaro che non erano più applicabili tutte le leggi contenute nel corpo del dritto comune riprovanti il patto della futura successione: giacchè per questa parte andarono in piena desuetudine, non essendo state adottate con la totalità delle altre leggi ivi comprese.

« Che parimenti, non ostante che in dette leggi del dritto comune fosse scolpitamente vietata la rinuncia alle eredità delle persone viventi, come si raccoglie dalle leggi 35, § 1, C. *de inoff. testam.*, 4, C. *de inutil. stipulat.*, e da tante altre; pur nondimeno una generale giurisprudenza accolse e sostenne le rinunce alle future successioni, come più conducenti a' costumi alle forme ed alla polizia de' popoli. Rimarchevole è la l. 3, Cod. *de collationibus*, la quale statuiva: *Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote quae in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, juris auctoritate improbatur; nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur.* Pur tuttavia il patto apposto prevaleva per consuetudine; le rinunzie delle donne maritate e dotate ebbero vigore; e niuno giammai pensò impugnarle, sol perchè una legge del codice giustinianeo avealo vietate.

« Così qual meraviglia che anche la l. 15, Cod. *de pactis*, non ebbe applauso dagli stati aperti dopo la decadenza dell'impero romano? Si stimò più interessante, che mercè la promessa di una parte della successione ne' capitoli nuziali, si agevolasse e promovesse la contrattazione de' matrimoni. La giurisprudenza contraria alla l. 3, C. *de collationibus*, guardò il bene e la tranquillità delle famiglie; e la giurisprudenza contraria alla l. 15, C. *de pactis* ebbe accoglimento, perchè promoveva e favoriva i matrimoni. Quindi si spiega come e con quanta franchezza, nel nostro regno, in Italia ed altremonti, si fosse stipolato ne' capitoli nuziali il patto successorio; come e con quanta energia fosse stato sostenuto da' giureconsulti eruditi e pratici di ogni tempo; e come e con quanta giustizia fosse stato

di essi, si presumerà sempre, nel suddetto caso di sopravvivenza del donan-

---

rispettato da'tribunali: ciò è appunto per la ragione di essersi dal consenso universale posta in non cale e destituita di autorità la detta legge 15, e tutte le altre unisone alla stessa.

«Si è incaricata la Corte Suprema, che suolsi da taluni scrittori contrastare la validità della istituzion contrattuale, come di quella che contenesse il *votum captandae mortis*, detestato dalla romana sapienza. Ma à pure essa Corte osservato, che questo voto definito in legge *ardens desiderium quo flagrant iniqui homines ex alterius morte lucrum sperantes ut illius vitae insidias parent*, non si presuma nelle persone di un figlio o d' una figlia, i quali ricevono dal genitore attestati di amorevolezza e d'affetto, che lo spinsero fino a promettere una parte della sua successione. Sicchè può dirsi con le parole stesse di Ulpiano nella l. 70, ff. *de hered. instituendis*, che non erano *captatoriae institutiones illae quae mutuis affectionibus judicia provocaverunt:* e che perciò la giurisprudenza non ritenne mica per motivo della invalidità del patto successorio nelle tavole nuziali, il timore di poter essere accompagnato dall'iniquo desiderio della morte dell'istituente.

«Che quindi addivenne ancora, che la l. 12, C. *de transactionibus*, la quale aborriva il *votum captandae mortis* in una istituzione di due eredi con la reciproca sostituzione *si alter sine liberis decesserit*, non fu più di ostacolo alla facoltà di ordinare tali sostituzioni; le quali in opposizione al senso di detta legge 12, furono sempre garantite e protette sotto l'impero della passata legislazione. Vuolsi altrettanto dire de'patti che soleonsi apporre nei capitoli matrimoniali, che cioè morendo la prole in pupillare età o *quandocumque* senza figli, dovessero succedere le designate persone; patti e clausole che mentre a stretto rigore par che comprendessero il patto successorio ed un voto *captandae mortis*, pur tutto ciò non cessarono d'essere stipulati od eseguiti ancora per le vie giudiziarie se faceva d'uopo, perchè non più produttivi d' insidie, ma coordinati al mantenimento del bene e dell'armonia tra le famiglie dello stato.

«Ha osservato ancora, che il patto successorio ne'capitoli matrimoniali non poteva essere abbattuto dalla difficoltà, che con esso l'uomo si privava della facoltà di testare; imperciocchè per poter essere in questo caso, avrebbe dovuto la istituzione contrattuale abbracciare tutt'i beni mobili ed immobili, presenti e futuri, e tutt'i dritti ed azioni, attuali e vegnenti: ma che quando la detta istituzione, come era d'ordinario, riguardava soltanto i mobili o gli stabili o una quota di essi, il promittente non restava certamente spogliato del dritto di disporre per testamento del resto del suo patrimonio.

«Che da tutto quanto si è riflettuto segue, che subitocchè non erano applicabili le leggi latine esclusive del patto successorio nelle tavole nuziali, e la istituzione ivi contenuta non incorreva nel voto *captandae mortis*, nè toglieva al promittente il poter disporre di alcune parte de'suoi beni per testamento, il patto suddetto rimaneva patto legittimamente consentito, non contro le leggi nè contra i buoni costumi, da dover avere, come aveva in effetto, tutta la sua validità, violandosi nel contrario avviso le leggi tutelari de' patti e dei contratti.

«Ha osservato in fine, che la istituzione di cui è parola fu stipulata nel tempo che un'applaudita giurisprudenza la permetteva, e che si è poi verificata quando una legge espressa l'à conservata; giacchè l'art. 1038 ll. cc. à fissato, che i padri, le madri, gli altri ascendenti e parenti collaterali degli sposi, non che gli estranei, possano per contratto di matrimonio disporre di tutti o di parte de' beni che lasceranno in tempo di lor morte, a favore di detti sposi. Che perciò in ultima analisi, anche quando la istituzione contrattuale avesse potuto incontrare alcun dubbio pel tempo della promessa, fatto riflesso che la sua esecuzione si trovava autorizzata dalla legge al tempo del suo avveramento, non poteva l'istituente defraudare l'istituito, che utilmente agir poteva contr'esso istituente: Non altrimenti avveniva di colui che avesse dato per pegno il fondo di cui non aveva nè dominio nè possesso: se indi ne diveniva padrone, tuttocchè nel principio lo avesse nullamente ipotecato, doveva nondimeno stare alla contratta obbligazione; e negandosi, la legge accordava al creditore l'utile azione pignoratizia per lo esercizio de'suoi dritti; l. 41, ff. *de pignoratitia actione*».

II.

Natura e caratteri della istituzione contrattuale.

1. La istituzione contrattuale à, sotto alcuni rapporti, l'effetto di una disposizione di ultima volontà, e, sotto altri, à tutt'i caratteri delle donazioni tra vivi. Sviluppiamo questa proposizione.

te, fatta a favore de' figli e discendenti che nasceranno da quel matrimonio.

Non si può fare un erede contrattuale se non col contratto di matrimonio; ossia si dona una successione, o una parte di successione, agli sposi ed a' figli nascituri. Questo dono è irrevocabile, nel senso che non può il donante rivocarlo, egli à rinunziato al potere di farsi un altro erede, ed è questo l'unico caso in cui si può rinunciare alla facoltà di testare (vedi la nota 1, pagina 130). Per questa parte adunque la istituzione contrattuale partecipa della natura delle donazioni tra vivi, poichè il titolo che dà all'instituito diviene irrevocabile: l'instituito è investito del dritto dal momento della disposizione; art. 1039. Grenier, n. 411; Toullier, t. 5, n. 836 a 837; Delvincourt, l. 3, tit. 4, nota 405; Duranton, t. 9, n. 671.

Assicurato all'instituito il titolo di erede di tutti o di parte de'beni, egli non acquista alcuna cosa reale, presente ed effettiva dal momento del contratto. L'istituente non si spoglia di alcuna cosa, poichè fare un erede anticipatamente, non è preferire l'istituito a se stesso, ma unicamente di preferirlo agli eredi della legge. Fino alla morte dell'istituente non à dunque l'istituito che una speranza, la quale può svanire per la sua premorienza senza discendenza, art. 1044. Può svanire altresì per le alienazioni che potrà fare il donante, il quale non è ligato certamente dalla instituzione: egli può scialacquare tutto il suo patrimonio, può contrarre debiti, come vedremo più diffusamente nel § 5 p. 198. Sotto questo rapporto quindi la istituzione contrattuale partecipa della natura de' testamenti, si perchè l'istituito non è che chiamato ad una futura eredità, si perchè egli non è impossessato di alcuna cosa coll'istituzione contrattuale, più che non lo sarebbe con una disposizione di ultima volontà. Merlin, quistioni, v. *instit. contract.*, § 2; Grenier, n. 411; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 408; Duranton, t. 9, n. 671.

Non è altro adunque l'istituzione contrattuale, che un'obbligazione che contrae l'istituente verso l'istituito, di rilasciargli a titolo di erede, tutti o parte de'beni che a lui rimarranno nel giorno della morte; cioè un dono irrevocabile di successione, o di una parte di successione, fatto col contratto di matrimonio a vantaggio di uno o de'due sposi, de'figli che debbono nascere da tal matrimonio. È questo il senso dell'art. 1038.

II. Stabilito il vero carattere e la natura della istituzione contrattuale, cioè ch'è una pura istituzione di erede irrevocabile, bisogna notare le conseguenze che ne derivano:

1.° Che la istituzione contrattuale essendo istituzione di erede, non può essere che universale o a titolo universale, giusta i principî stabiliti negli art. 928, 929 e 964: e ciò concorda con le parole del testo dell'art. 1038, *potranno disporre di* TUTTI *o di* PARTE *de'beni che lasceranno in tempo della loro morte*. Le voci *tutti* o *parte de'beni* indicano manifestamente una parte costituente un titolo universale, come sarebbe la metà, il terzo de'beni che il donante lascerà in tempo della sua morte, o gl'immobili o i beni mobili che lascerà a morte sua, o una quota parte degli uni o degli altri. Siccome un legato fatto in questi termini sarebbe un legato a titolo universale, per perfetta analogia la donazione è una istituzione di erede, quando è fatta in questi termini. Per il che, una donazione in un contratto di matrimonio di cose speciali e determinate, come il tal fondo, la tal cosa, la tal somma pagabile all'istante o ad un'epoca stabilita, non sarebbe una istituzione contrattuale, ma una donazione tra vivi di beni presenti regolata dall'art. 1037, ancorchè si esprimesse che la donazione consisterà nelle tali cose che il donante lascerà a sua morte, poichè questa clausola conterrebbe una tacita riserba di usufrutto, ma la proprietà si troverebbe passata nel dominio del donatario, senza che la donazione fosse sottoposta alla caducità pronunziata dall'art. 1044. Grenier, n. 411; Toullier, t. 5, n. 833 a 838; Duranton, t. 9, n. 676.

2.° Che quando una istituzione contrattuale contiene una riserva dell'usufrutto de'beni, una simile clausola non è, per parte dell'istituente, che una precauzione contro l'abuso che l'instituito potrebbe fare della sua istituzione: essa non è aggiunta alla istituzione che per rimuovere nell'animo dell'istituente, delle dubbiezze, che non debbono attribuirsi se non alla sua ignoranza: essa dunque non disnatura l'istituzione, non converte l'istituzione contrattuale in donazione tra vivi. Merlin, rep., v. *istit. contract.*, § 8, n. 15; e *quistioni*, detta voce, § 2.

3.° Che l'istituito per contratto essendo un vero erede, è tenuto al pagamento de'debiti che lascia l'istituente all'epoca della sua morte, personalmente per la quota e porzione, ed ipotecariamente per l'intero; art. 794, 795, 935, 955, 1040. Chabot, *traité de successions*, sull'art. 774 (691) n. 13; Duranton, t. 9, n. 718: v. nel t. 1, nota 3, p. 337 e seg.

4.° Che l'istituito per non esser tenuto *ultra vires hereditatis* deve accettare col beneficio dell'inventario, art. 719; Chabot, ibid., Duranton, t. 9, n. 721: v. nel t. 1, nota 1, pag. 301.

1039. La donazione nella forma prescritta nel precedente articolo sarà ir-

V. gli art.871 e 884.

5.° Che non lasciando l'istituente eredi dello riserva, l'istituito è immesso *ipso jure* nel possesso de'beni, art. 932; Chabot, ibid.; Merlin, rep. v. *instit. contractuelle*, § 10, n. 1; Duranton, t. 9, n. 719: vedi la nota 2, p. 57 e seg.

6.° In quanto a' frutti, sono applicabili le regole date pe' legati nella nota 1, p. 57.

Continueremo a parlare degli effetti della istituzione contrattuale nelle pag. 198 e 199.

III.

Con quali atti si può istituire per contratto.

Il favore estremo de' matrimonî à fatto permettere, contro il dritto comune, la istituzione dell'erede in un contratto. Non si può fare quindi un erede contrattuale, se non col contratto di matrimonio, e l'art. 1038 esprime questo principio con le parole *potranno col contratto di matrimonio*. Laonde la istituzione per contratto dov'essere fatta nel contratto nuziale, prima della celebrazione del matrimonio e con atto autentico, art. 1348 e 1349.

La istituzione contrattuale adunque che potesse essere stipulata dopo seguito il matrimonio, anche un momento dopo, sarebbe invalida, ed il Presidente Fabro (*de erroribus pragmaticorum*, dec. 28, error 6, n. 6) ne dà delle ragioni che non ammettono replica: *Ubi matrimonium*, egli dice, *contractum est, nullas potest recipere pactiones quae legibus prohibeantur, nec si quis velit in eam rem matrimonii favorem obtendere, quia non potest dici contrahentes aliter non fuisse contracturos, qui jam contraxerunt. Quare nec si ponas millies intervenisse jusjurandum in contractu facto post initum matrimonium, valebit tamen pactio apud Gallos, sive sit facta de succedendo, sive de non succedendo, quia extra dotales tabulas haberi pro vero et inviolabili..... hereditatem pacto dari non posse.* Che se per dritto romano i patti nuziali eran autorizzati dopo l'unione de' conjugi, come si raccoglie dalle l. 5, 21, 24, 28 e 29 ff. *de pactis dotalibus*, pure siffatte leggi non furono accolte da'paesi inciviliti di Europa, ed una generale giurisprudenza non riconosceva i patti nuziali dopo il matrimonio. Voet, *ad pandectas*, tit. *de pactis dotalibus*, n. 1 e 58, *et ibi laudatos*.

Ma, mentre gli autori moderni convengono che la istituzione per contratto dev'essere fatta anteriormente alla celebrazione del matrimonio, si è promossa tra loro la quistione, se simil disposizione sia valida sol quando fosse fatta nel contratto nuziale. Merlin, rep. v. *institution contractuel*, § 3, n. 2, e quistioni di dritto, v. *remploi* § 4, Grenier, n. 426 e Toullier, t. 5, n. 830, opinano di non potersi riguardare come nulla una istituzione contrattuale che fosse fatta con un atto autentico dopo il contratto di matrimonio, purchè questo atto fosse anteriore alla cerimonia nuziale, e si vedesse chiaramente ch'è fatta in contemplazione del matrimonio. Ma Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 402 osserva giudiziosamente, che, per regola generale, le donazioni di beni futuri sono nulle, e l'art. 1038 le permette *per contratto matrimoniale*, sull'idea che la donazione è potuto essere una delle cause determinanti del matrimonio. Ora el contratto di matrimonio intervengono non solo gli sposi, ma ancora il più ordinariamente le loro rispettive famiglie. Non potrebbero quindi il donante ed il donatario con atto separato ed essi soli fare una istituzione contrattuale, ma dovrebbero, come appendice al contratto nuziale, fare la istituzione contrattuale, conformandosi alle formalità prescritte dagli art. 1350 e 1351. Dalloz, (v. *disposit. entre vifs et testam.* c. x, sez. 2, n. 25) adotta al sentimento di Delvincourt, siccome anche Duranton, t. 9, n. 672.

IV.

Quali sono coloro che possono istituire ed essere istituiti per contratto.

I. *Persone che possono istituire*—Dicemmo nella p. 194, che la istituzione contrattuale partecipa della natura delle donazioni tra vivi, perciocchè l'istituente si spoglia irrevocabilmente delle facoltà di testare, si priva di una delle facoltà più preziose della vita civile. Tutti coloro quindi che non possono disporre de' loro beni con atto di donazione tra vivi, non possono fare delle instituzioni contrattuali: v. nel t. 2, nota 1, p. 373 e 374.

Da questo principio consegue, che i minori i quali possono fare testamento, art. 820, non possono istituire erede per contratto un parente o estraneo che passa a matrimonio, perchè i minori sono incapaci a spogliarsi realmente ed irrevocabilmente de' loro dritti. Possono però i minori nel loro matrimonio istituire erede per contratto lo sposo e i figli nascituri,

revocabile, in questo senso soltanto che il donante non potrà più disporre

---

osservate le formalità prescritte dagl'art. 1049 e 1354. Merlin, addizioni al rep., v. *istit. contract.*, § 4, n. 2; Grenier, n. 431 bis.

In quanto alla nullità della istituzione contrattuale fatta da un minore, la cassazione di Parigi con arresto del dì 30 novembre 1814 giudicò, su di una specie avvenuta sotto l'impero dell'antica giurisprudenza, che gli eredi dell'istituente non potevano essere ammessi ad impugnarla, tostochè egli erasi taciuto per dieci anni a contare dalla sua maggior età. Merlin (addizioni al rep., v. *instit. contractuelle*, § 4, n. 2) nel riferire questo arresto osserva, che sotto l'impero del codice civile, l'art. 1258 non limita a dieci anni dopo la maggior età, che *l'azione* di nullità e di rescissione degli atti fatti nella minor età, e per conseguenza non deroga alla regola generale che, *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*; così che, se l'istituito viene alla morte dell'istituente a domandare il rilascio de'beni, possono i costui eredi opporre in linea di eccezione, la nullità della istituzione, quantunque fossero passati dieci anni dalla maggior età dell'istituente. Per lo contrario Grenier, n. 431 bis e Duranton, t. 9, n. 725 portano opinione, che la massima *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, è stata derogata dall'art. 1258 che non ammette distinzione, in quanto alla durata, tra l'azione e l'eccezione di nullità. Noi rinviamo l'analisi di questa quistione alle osservazioni all'art. 1258.

Circa alla donna maritata, Grenier nella terza edizione del trattato *delle donazioni* n. 431, ritrattandosi di quanto avea insegnato nelle precedenti edizioni, sostiene che non abbia bisogno dell'autorizzazione del marito per fare una istituzione per contratto, per la ragione che non aliena il suo patrimonio, ma nomina l'erede, ciò che gli è permesso di fare per l'art. 215. Ma con maggior fondamento la contraria opinione è adottata da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 402, e da Duranton, t. 9, n. 723, poichè la moglie si spoglia con la istituzione per contratto, del dritto più prezioso, quello cioè di scegliere l'erede: la istituzione per contratto è una *donazione* della successione in tutto in parte, e la donna è sottoposta all'autorità maritale per tutto ciò che riguarda le spoglie de'suoi dritti.

Anche i beni dotali possono essere donati dalla moglie a titolo d'istituzione per contratto, coll'autorità del marito; e non vi è dubbio quando la istituzione è a favore de'figli, poichè è precisa su di ciò la disposizione dell'art. 1368. In quanto alla istituzione a favore di chiunque altro, non osta l'art. 1367 che dichiara inalienabili i beni dotali; perciocchè l'inalienabilità è durante il matrimonio, e con la disposizione per contratto la moglie non si spoglia del dritto di alienare i beni durante il matrimonio ne'casi dell'articolo 1369 e 1371, e neanche dopo sciolto il matrimonio, a qualunque titolo oneroso. Grenier, n. 431; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 402; Duranton, t. 9, n. 724.

II. *Persone che possono essere istituite per contratto* — I futuri conjugi ed i loro figli nascituri sono i soli che possono instituirsi per contratto di matrimonio, risulta dall'art. 1038. De'futuri conjugi può instituirsi tanto un solo, che tutti due insieme; l'istituente è in arbitrio di limitare la sua liberalità allo sposo e alla sposa, ovvero di renderla comune all'uno ed all'altra. I conjugi possono anche reciprocamente instituirsi per contratto di matrimonio, art. 1048. In somma gli sposi e i loro figli nascituri sono i soli che possono istituirsi per contratto. Se un padre adunque maritando uno de'suoi figli, instituisce il futuro sposo ed un altro figlio, l'instituzione contrattuale non sarà valida in favore di quel figlio che non contratta il matrimonio. Merlin, rep., v. *inst. contract.*, § 5, n. 5; decisione della 2.a camera della G. C. civile di Napoli del dì 9 agosto 1841 (causa *Martini* e *Malizia*).

Dovendo adunque la istituzione contrattuale esclusivamente farsi a favore dello sposo e de'figli nascituri, non bisogna dedurre che i figli nascituri possono istituirsi direttamente nel contratto di matrimonio del loro padre e della loro madre, perciocchè non essendo in *rerum natura* nel momento della donazione, sono incapaci di ricevere, art. 822. Egli è vero, che l'art. 1037 permette la sostituzione a favore de'figli nascituri, ma quell'articolo riguarda le donazioni di beni presenti, e l'art. 1038 non ripete la medesima eccezione nelle istituzioni contrattuali. Inoltre è da osservarsi, che nello stesso caso contemplato dall'art. 1037, i figli nascituri neanche sono chiamati di salto ed in primo grado, ma sono chiamati *per fideicommissum* nel senso degli art. 1003 e 1004. Per la qual cosa, la istituzione contrattuale non può oggi aver luogo direttamente a favore de' figli nascituri. Diciam' *oggi*, poichè il dritto romano permetteva di donare direttamente a'figli nascituri, su di che è a vedersi Voet nel titolo *de heredibus instituendis*, n. 12. Ma ora l'art. 822 dichiara incapaci di ricevere chi non è conceputo nel momento della donazione, e l'unica eccezione a questo principio è nel caso delle sostituzioni permesse a' termini degli art. 1003 e 1004. Che se l'art. 1038 dichiara formalmente nel primo comma, che la istituzione contrattuale può aver luogo *tanto a favore de' detti sposi, che de'figli da nascere dal loro matrimo-*

a titolo gratuito delle cose comprese nella donazione, eccettochè per picciole somme a titolo di ricompensa, o altrimenti.

---

nio, non bisogna conchiudere che l'istituente può direttamente istituire i figli nascituri, escludendo gli sposi; poichè l'articolo per allontanare questa erronea conseguenza, immediatamente soggiunge, *nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo donatario*. Ha considerato in somma il legislatore, che siccome l'istituito può premorire all'istituente, e la discendenza dell'istituito si è avuta in mira nel contratto nuziale, i figli dell'istituito, benchè incapaci nel momento della donazione, per la premorienza del donatario si considerano come a lui volgarmente sostituiti, affinchè la donazione avesse il suo effetto. Ed il secondo comma dell'art. conferma questo principio; così che si può a buon dritto conchiudere, che l'istituzione contrattuale non può cadere esclusivamente sa'figli nascituri, ma deve aver principio a favore dello sposo, e non può esser fatta a favore de'figli nascituri, che in caso di premorienza del donatario. Questa dottrina ammessa da Merlin, rap., v. *instit. contractuelle*, § 5, n. 4, da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 404, da Toullier, t. 5, n. 840 e da Duranton t. 9, n. 678, è stata confermata dalla nostra Corte Suprema con arresto profferito con piena cognizione di causa, addì 18 agosto 1843 (causa *Filomarino e de Stefano*). Giova riportarne i motivi, per vie maggiormente assodare un punto importantissimo di dritto:

« Ha considerato la Corte Suprema, che nel contratto di matrimonio, l'istituente donò
» irrevocabilmente tra vivi a'figli nascituri da tal matrimonio, la metà della sua disponibi-
» le, riservandosi sempre e quando gli piacerebbe spiegare la sua volontà, di contemplare
» un solo de'figli, o più uno che un altro; con atto separato, e se mai tale spiegazione non
» si fosse fatta, la donazione s'intenderebbe a beneficio ugualmente di tutt'i figli da na-
» scere.

» Che tal atto che porta la data del 7 giugno 1811, è stato dalla G. C. civile definito una
» donazione nel contratto di matrimonio del padre a'suoi figli nascituri di non determinati
» beni presenti.

» Che per essere capace di ricevere un atto di donazione tra vivi basta l'essere conce-
» puto nel momento della donazione, e non può la donazione tra vivi comprendere se non
» i beni presenti del donante, e se comprendesse beni futuri, sarebbe nulla riguardo a que-
» sti. Tali sono le disposizioni degli art. 906 e 943 *cod. civ.*, uniformi agli art. 822 e 867
» *ll. cc.*, secondo i quali l'atto del 7 giugno 1811 sarebbe invalido, perchè non vi fu do-
» natario nè nato nè concepito nel momento della donazione.

» Che neppur sarebbe valido l'atto stesso riguardato sotto l'aspetto di una disposizione per
» contratto di matrimonio permessa dall'art. 1082 dell'abolito codice, che corrisponde all'art.
» 1038 ll. cc. In forza di tali art., la facoltà di disporre per contratto di matrimonio è ac-
» corduta a'padri, alle madri, agli ascendenti, a'parenti collaterali degli sposi, ed anche
» agli estranei, ma non è accordata agli stessi sposi, e la disposizione non può essere fatta
» soltanto a favore de'figli da nascere, *ma deve di necessità farsi a favore degli sposi*, e ha
» de'figli da nascere dal loro matrimonio nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo
» donatario. Che pel 2.° comma dell'art. 1038 la donazione quantunque fatta a vantaggio
» soltanto degli sposi, o di uno di essi, si presume sempre nel suddetto caso di sopravvi-
» venza del donante, fatta a favore de'figli e discendenti che nasceranno da tal matrimonio.

» Che da'cennati art. di legge *sorge chiaro il principio, che la disposizione per contrat-*
» *to di matrimonio non possa essere fatta unicamente a favore de'figli da nascere, ma deb-*
» *ba farsi agli sposi, o ad un solo di essi* ed a'figli da nascere; in altri termini, la legge
» richiede due cose perchè i figli possano essere l'oggetto della liberalità; la prima, che
» lo sposo sia egli stesso donatario; e la seconda, ch'egli premuoia al donante.

» Che neppure favorisce la pretesa validità dell'atto in esame l'art. 1003, poichè contro
» il disposto di detto articolo furono direttamente istituiti i figli nascituri. Rigetta ».

Dalle cose fin qui dette consegue, che la istituzione per contratto non può esser fatta che agli sposi, o ad uno di essi. Se nel contratto nuziale sono altresì chiamati i *figli che nasceranno da tal matrimonio*, costoro per effetto di una sostituzione espressa volgare succedono al donante, nel caso di premorienza del donatario. Se nel contratto nuziale non si fa parola de'figli nascituri, la legge li presume tacitamente sostituiti al donatario premorto al donante.

Laonde può accadere, che l'erede contrattuale viene a morire o dopo dell'autore della istituzione, o prima. Nel primo caso, l'erede istituito succede al donante, senza esser obbligato a lasciare i beni donati a'figli che nascono dal matrimonio a contemplazione del quale fu istituito, poichè diventa proprietario incommutabile, e può alienare i beni. Egli non è gravato di restituzione a'suoi figli, poichè la sostituzione fedecommessaria è permessa

1040. La donazione per contratto di matrimonio potrà farsi cumulativamente di beni presenti e futuri, in tutto o in parte, coll'obbligo però di uni-

---

soltanto ne'casi degli art. 1003 e 1004. Per il che i figli dell' istituite non possono raccogliere i beni a costui donati, che *jure hereditario*, e per conseguente succedone non sole i figli nati dal matrimonio a contemplaziona del quale fu fatta la istituzione, ma anche i figli all'istituito nati da altro matrimonio. Se poi l'eredo contrattuale premnore al donante, i figli prendene il posto e diventano eredi dell'istitnonte; ma cio non è per trasmissione, perciocchè i figli non possono, esercitando i dritti del loro padro, succedere ad una persona cui non poteva succedero egli stesso, essende morto prima di esso; e d'altronde eglino succedono all'istituente, abbenchè abbiano rinunciate alla successione del loro padre. Couvien dunque dire che i figli dell'istituite premorto succedono all'istituente, perchè vengene riputati sostituiti volgarmenta al loro padre, per le ragione che celui che fa una istituzione contrattuale, non à solamente in mira l'avvantaggie dol futuro sposo che instituisce, ma anche quello de' figli che quest' ultimo dove avere. I figli dnuque si censiderano chiamati colla sua instituzione, in mancanza del loro padre; ed à chiaro che succedono i soli figli nati del matrimonie a contemplazione del qnale fu fatta la istituzione, perciocchè i figli venendo in questo caso *jure proprio*, gli altri figli non sono stati chiamati. Ed è notevole, che i figli ed i discendenti che vengono *jure proprio*, dividono i beni dell'istituente in modo di rappresentazione, perchò tale debbesi presumere essere stata l' intenzione del disponente: se quindi l' istituito premuoia lasciande figli e nipoti, i figli divideno per capi, i nipoti per istirpi. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 404; Grenier, n. 415, a 419; Toullier, t. 5, n. 840, 841, 843; Duranton, t. 9, n. 679 a 690.

III. Abbiamo detto, che nelle istituzioni contrattuali, come in generale nelle donezioni a contemplazione di matrimonio, si à sempre in mira la discendenza dal denatarie. In conseguenza di queste principio, la legge presume, come dispone il 2.° comma dell'art. 1038, che a'figli del denatarie premorto al denante s'intende fatta la denazione, quantunque non contemplati nel contratto nuziale. Essendo questa una presunzione della legge, può il donante manifestare una contraria volontà, e stipulare che la istituziene di erede non deve ricevere alcun effetto, laddove il donatario al donante premorisso. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, neta 400 e 406; Duranton, t. 9, n. 677.

IV. Ci rimane ad esaminare, se siavi luoge al dritto di accrescere nelle istituzioni contrattuali. Per esempio, un padre che à tre figli, ne marita due, e l'instituisce col medesimo contratto eredi de'due terzi de'suoi beni. Une de'due instituiti muore prima di suo padre, senza lasciar figli; il padre muore in seguito; la porzione del defunto apparterrà forse al sue co-instituito, ovvero alla credità *ab intestato*? Per regola generale ne'contratti o nelle donazieni tra vivi non à luogo il dritte di accrescere, per la ragione che il contratto impossessa all'istante i contraenti del rispettive dritte che trasmettono e' propri credi. L'accrescimento non à luogo che ne'legati, come abbiamo dimostrato nelle pag. 145, comentando gli art. 999 e 1000. Ma la istituzione contrattuale partecipa delle donazioni tra vivi, in quanto alla irrevocebilità dell'erede, ma nel resto partecipa della natura de'legati, (§ 2, di questa nota), perchè non cade che sulla successione. Sotto questo rapporto, avvi la medesima ragione per l'accrescimento, che in materia di legati. Grenier, n. 422; Toullier, t. 5, n. 844; Merlin, rep., v. *instit. contractuelle*, § 10, n. 6.

V.

Degli effetti della istituzione contrattuale.

Cenviene considerare gli effetti della istituziene per contratto di metrimonie e rispetto dell' istituente, ed a rispetto dell'istituito.

I. *Effetti riguardo all' istituente.*—Il principale effetto, o per meglie dire, quello che li comprende tutti, è, che l'istituziene mette l'istituento in una incapacità assoluta di rivocarla. Colui quindi ch'è instituite erede universale per contratto di matrimonio, à dritto a tutta la successione dell'istituente, como colui che lo è per una certa quota, dev'avere tutta la porzione che gli è stata promessa. È percio che l'art. 1039 dice, ch'istituente non può più disporre *a titolo gratuito* delle cose comprese nella donazione; val dire non può il donante donare con testamento e con denazione tra vivi i beni compresi nella istituzione per contratto; o in altri termini, gli sono ioterdetto le disposizioni di pure liberalità. Ma l'istituente conserve certamente la facoltà di alienare a titolo oneroso, d'ipotecare i beni compresi nella istituzieac per contratto, poichè con la istituzione non si è spogliato della proprietà, egli non à fatto che un erede irrevocabile, il quale non rappresenta l'istituente, avuto ri-

re all'atto di donazione uno stato de'debiti e pesi del donante, esistenti al giorno della donazione: nel qual caso sarà in facoltà del donatario, in tem-

V. gli art. 867, 871, 872, 1048, 1084.

---

guardo solamente al tempo in cui l' istituzione è stata fatta, poichè *non est viventis hereditas*, ma al tempo della morte, epoca in cui si apre il dritto dell'erede. Or questo erede rappresentando l'istituente nel tempo di sua morte, è impossibile che potrebbe rivocare le alienazioni fatte dall'istituente, poichè potrebbe opporglisi la regola ricavata dalla l. 14, C. *de rei vindicatione, quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Questo principio è riconosciuto da tutti gli autori, i quali altresì convengono che le donazioni celate sotto forma di contratto oneroso, sarebbero rivocate, poichè non può il donante indirettamente distruggere la irrevocabilità della istituzione; ma le alienazioni fatte senza frode, mediante il pagamento di una rendita vitalizia, sono valide. Toullier, t. 5, n. 833; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 408 Grenier, n. 412; Duranton, t. 9, n. 708 e 709, 710, 714. Merlin, quistioni, v. *instit. contractuelle*, § 2.

Eccezioni alla irrevocabilità della istituzione (parleremo delle caducità e della rivocazione di tutte le donazioni a contemplazione di matrimonio, nella nota 1, p. 204). Queste eccezioni sono due:

1.° L'istituente può certamente nel contratto di matrimonio riserbarsi la facoltà di disporre a titolo gratuito di una parte de'beni donati, o di una certa somma; ed in questo caso si è promossa la quistione, se non avendo l'istituente disposto della cosa o della somma, dessa appartenga all'erede contrattuale, ovvero all'erede *ab intestato*. E deve decidersi a favore dell'erede contrattuale. Imperciocchè la riserva contenuta nel contratto di matrimonio, non è fatta per limitare l'istituzione contenuta in tale atto, ma per restringere l'interdizione espressa che l'istituente si aveva imposta di disporre de'beni. Debb'essere di ogni riserba come della facoltà che ogni instituente conserva di alienare per vendita, donazione, o altro atto, qualora non siavi stipulazione contraria: ora, questa facoltà non impedisce che tutt'i beni che si trovano nella sua successione in tempo di sua morte, appartengano all'erede contrattuale; dunque dev'essere lo stesso della riserva stipulata nel contratto matrimoniale. Egli è vero che nelle donazioni tra vivi de'beni presenti, il donante che ne riserba una parte, non dona affatto ciò ch'è compreso nella facoltà di disporre, poichè *donare e ritenere non vale*, e noi nella p. 190, abbiamo applicato questa regola, anche alle donazioni di beni presenti fatta a contemplazione di matrimonio. Ma l'istituzione contrattuale facendo un erede irrevocabile, tutto ciò che cade nella successione *ab intestato*, gli appartiene di pieno dritto, e quindi l'erede contrattuale non può mancare di profittare della riserva apposta nella sua institusione, quando essa divien caduca, attesa la mancanza di esecuzione. Da ultimo, nelle stesse donazioni di beni presenti si può dare e ritenere per contratto di matrimonio, art. 871, ed a più forte ragione adunque i beni riserbati dall'istituente debbono appartenere all'erede instituito. Grenier, n. 414; Toullier, t. 5, n. 834; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 390; Merlin, rep., v. *institut. contract.*, § 10, n, 5; arresto della Cass. di Parigi 8 novembre 1815, col quale si decise che l' istituente col consenso dell'istituito può disporre di una somma maggiore di quella che si aveva riservata; in Merlin, quistioni, detta v. § 6.

2.° La seconda eccezione si è, che quando l'istituito non si è riservato la facoltà di disporre di alcuna somma, l'art. 1039 supplisce a questa omissione *per piccole somme a titolo di ricompensa o altrimenti*. Dalle parole *o altrimenti* si è ragionevolmente conchiuso, che il donante può a titolo gratuito disporre di modiche somme non solo per rimunerare servigi o benefizi ricevuti, ma anche per soddisfare agl' impulsi di coscienza, come per esempio, disporre delle somme pe' poveri, per gli ospizi, pel culto divino. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 410; Toullier, t. 5, n. 834.

II. *Effetti della instituzione contrattuale per rapporto agl' instituiti* — Il principale avvantaggio della instituzione contrattuale essendo quello di fare un vero erede, il quale è impossessato di pieno dritto de' beni del defunto, per la sola forza della disposizione fatta a suo favore, siccome gli eredi del sangue ne sono impossessati per la regola *il morto mette in possesso il vivo* (t. 1, nota 6, pag. 249), l' istituito acquista di pieno dritto i beni che l'instituente lascia nel momento della sua morte; locchè intendesi quando siffatta instituzione è universale; poichè se non fosse che di una certa quota, non potrebbe estendersene l'effetto. Quindi tutto ciò che si è detto, in quanto alla domanda di possesso, del pagamento de' debiti, della indegnità dell' erede, del dritto di accrescere, si applica all' instituito, v. le p. 194 e 198 n. IV.

Solamente qui dobbiamo esaminare, se l'instituito possa rinunciare al beneficio della instituzione dopo la morte dell'instituente. Per la negativa potrebbe dirsi che l'istituito avendo accettato, maritandosi, la successione dell'istituente, non si può più rinunziare ad una

po della morte del donante, di ritenersi i beni presenti, rinunciando al di più de' beni del donante (1).

---

successione di già accettata, ort. 704. Ma questa difficoltà trova nne risposta perentoria nel principio, che non si può accettere, nè ripudiare la successione di un uomo vivonte, ort. 708. L'erede contrattuala, non à trattato, maritandosi, cbe sul dritto di seccedere se lo vuole; egli ó steto messo col suo contratto di matrimooio nel luogo di un eredo presuntivo; consegnentemente deve godere al par di costei della facolta di rinunziare, come no conviene Chabot, *traité des succen.*, sull'art. 775 (692) n. 3—Ma sel proposito Lebron fa una pregovole riflessiooo. Se alcuno, egli dice, fa suo erede contrattuale la persooa di colui ch'era *ab intestato* seo enico erede, o ciò sotto qualche condizione particolare, io non credo che in tal caso sia permesso all'erede instituito di dichiarare ch'egli oecetta la successione, non in virtù delle instituzione, ma per dritto del sangue ed *ab intestato*, poichè vi sarebbo del dolo nella coodotta di cotesto erede, di aver legato le mani al donatore con l'accettaziono della sua instituziono contrattuale, la qeale impedivagli di disporre con testamento, e conservando qaesto offotto dolla instituzione, di ovvisarsi dopo ciò di rinenziare alla stessa istitunione, e di voler veniro *ab intestato*, ad oggetto di sottrarsi ella condizione; la qual cosa è precisamente contro l'editto *si quis omissa causa testamenti*. Merlin, rep., v. *instit. contract.*, § xi, n. 5.

(1) La dooanione cumulativa di beni presenti e futori, è prevista o disposte dagli art. 1040 e 1041; ed udiamo da Dellalleau (dissert *sulle donazioni cumulative di beni presenti e futuri*, in Sirey, anno 1815, p. 1, p. 249) la ragion motiva di essersi introdotta questa oovella specie d'istitaniono contrattuale: « Nell'istituziono contrattuale ordinarin l'istituente oonserva la facoltà di aliooare a titolo ooeroso, e può quindi accadere, che l'istituziono oon offra elcun vantaggio al tempo della morte del donante. Talvolta pertanto un matrimonio non avrebbe effetto, se gli sposi non avessero la certezza cho la donaziooo loro procurerà qoalche vantaggio. Il favore delle nozze à fatto dunque stabiliro la donaziono di beni presenti e futori, per virtù della qualo il donatario è sempro certo di poter prendere i booi prasonti, pagando i dobiti esisteoti al tempo dolla donaziooe; ed à oltracciò la facoltà di prendero i beoi futuri, se gli sembra più utile di cumelare ».

La donazione eduoquo de' beni presenti o foteri oon si distingue dalle istituziooa contrttualo, di cui abbiamo diffusamente discorso nella oota precedente, cho per sole due differenze; in tatto il resto è nimilo, aoni identica con la stessa. Essa concede al donatario il dritto di scindere l'atto e di attonersi alla morte del donante a' soli beni presooti coll'obbligo dolla soddisfaziono do' pesi e debiti annessi, esistenti all'epoca del coetratto nuziale, rifiutaodo i beni feturi. Oltredichè il dooanto non può disporro più do' beni presenti, quantuoque non si sie spogliato della propriatà, per titolo ooeroso nè gratoito, como svilapperomo; me può certamento rigeordo a' beoi nequistati dopo la donazione, disporne a titolo oneroso in totto, ed a titolo gratuito di modiche sommo per ricompense o cause simili, come à bon osservato Grenier, n. 433. Per raggiungere questo scopo, le legge nell'art. 1041 richiedo che venga annesso all'etto uno stato do' debiti o pesi esisteoti ol tempo della dooazione: perciocchè se il donatario all'opoca dol decesso del donante vuol valersi del dritto di divisione, prendondosi i beoi presenti e rinnnciando a' beoi feturi, allora à l'obbligo stretto di pagare i debiti e pesi esistenti el giorno dollo donazione, giusta lo stato loro. Ma se lo stato suddetto manca, in tal caso oon vi è più leogo a sciodere l'atto, il qualo tolta siffatta differenza esigua, rimano ena mera donaziono cootrettualo, per forma che il donento può disporre aoche a titolo ooeroso de' beni preseati, e per modiche ricompense e titolo gratuito, ed il donatario è tenuto al pagemento de' debiti e pesi contretti enche dopo la donazione. Toellier, t. 5, n. 855; Grenier, n. 43n.

Stabilite lo doe differenne tra l'instituzione pura contrattuale e le donaziono cumulativa di preseoti e futuri, in tutto il rimaoonto e uella sue intrinseca netura, le donazioao cumulative de' beni presenti e futuri è ideotice coo la istituziono contrattuale. Da ciò lo seguenti consegueoze:

1.° La istitnnione contrattuale non può essere, come osservammo nella p. 194, n. II, che uoiversalo o a titolo eniversalo. Similmente la dooaziono cumolativa do' beoi presenti e futari dobb'essere ancora *universale o a titolo universale*, a la legge nell'art. 1040 esprime questo pensiero con le parole *potrà farsi cumulativamente de' beni presenti e futuri in tutto o in parte*. Non peò dnoque essere a titolo singolare, o so la donazione comprendesse oggetti determinati o corpi certi, o somme; qeesti oggetti e questo somme costituirebbero una vera donazione tra vivi de' beni presenti, i cui effetti sarebbero regolati dall'ert. 1037. E sarebbe così, eocorchè questa donaziono fosse fatta con la modesime clausola o proposizione, mediante donanione di tutt'i beni futuri o di una quota di questi beni. Per esem-

1041. Se lo stato di cui si è parlato nel precedente articolo, non fu unito all'atto di donazione de' beni presenti e futuri, il donatario sarà tenuto di

---

pio: ***dono a Filippo mio nipote a contemplazione del futuro matrimonio, la mia terra di Picardia e la metà de' beni che lascerò a morte mia.*** La clausola non contiene una donazione cumulativamente *fatta de' beni presenti e futuri in parte*, nel senso dell'art. 1040; ma contiene due donazioni distinte: l'una vera tra vivi di beni presenti, regolata dall'art. 1037; l'altra di beni futuri regolata dagli art. 1038 e 1039. In guisa che, non ostante l'omissione dello stato de' miei debiti e pesi sussistenti nel giorno del contratto, la donazione che à per oggetto la terra di Piccardia non diverrebbe caduca per la premorienza del donatario e della sua discendenza: l'art. 1044 non si potrebbe applicare a questa donazione: lo si potrebbe soltanto pe' beni futuri. Duranton, t. 9, n. 730.

2.° Tanto nella istituzione contrattuale (p. 196, n.° II), che nella donazione cumulativa dei beni presenti e futuri s'intendono sostituiti volgarmente al donatario i figli nati dal matrimonio, così che la premorienza del donatario non rende inutile la donazione. Questo è confermato dall'art. 1044, che non pronunzia la caducità della donazione de' beni presenti e futuri, se non caso della premorienza del donatario e della sua posterità, ciò che induce la presunzione, che la posterità del donatario profitta della donazione. Non potrà poi rimaner alcun dubbio a tal riguardo, se si ponga mente alla disposizione dell'art. 1048, il quale statuisce che la donazione de beni presenti e futuri fatta da uno sposo all'altro sarà sottomessa alle regole ordinarie, ***tranne che non sarà trasmessibile a' figli nati dal matrimonio nel caso che il conjuge donatario premuoia al conjuge donante.*** Dunque allorchè la donazione è fatta ad uno degli sposi da tutt'altra persona che dal suo fidanzato, essa è trasmessibile a' figli nati dal matrimonio. Grenier, n. 434; Toullier, t. 5, n. 858; Pandette francesi, sull'art. 1084 (1040); Dellaleau, dissertaz. su Sirey, 1815, 1, p. 249; Duranton, t. 9, n. 736.

3.° Nella donazione cumulativa de' beni presenti e futuri; come nella istituzione contrattuale (p. 194), non vi è trasferimento di proprietà nel donatario, e ciò tanto rispetto ai beni presenti che a' beni futuri: il donatario non è investito che del dritto di prendersi le cose donate al momento della morte del donante. È vero che Delviacourt, lib. 3, tit. 4, nota 419, sostiene la dottrina contraria, poichè egli vede nella donazione di beni presenti e futuri due donazioni distinte, cioè quella de' beni presenti attuale, che investe il donatario della proprietà, in modo che la sua premorienza rende caduca la donazione soltanto pe' beni futuri; e pare che la lettera del nostro art. 1040 si prestasse a questa opinione, poichè dice, quando è stato alligato uno stato de' debiti all'atto di donazione, *sarà in facoltà del donatario, in tempo della morte del donante, DI RITENERSI i beni presenti, rinunciando al dippiù de' beni del donante.* La parola *ritenersi* potrebbe far supporre che il passaggio della proprietà abbia di già avuto luogo. Ma gli argomenti di Delvincourt sono più speciosi che solidi, e la parola *ritenersi* adoperata nel nostro articolo è una imperfezione di traduzione dell'art. 1084 del codice francese, ch'impiegava le parole *s'entenir*: faceva d'uopo tradurre *attenersi*, *appigliarsi*. Del resto il senso dell'art. nostro è lo stesso del corrispondente art. del codice francese, intese dalla giurisprudenza nel senso che la proprietà anche de' beni presenti non passa al donatario, che alla morte del donante. « Non perchè il
» donante, (dice Toullier, t. 5, n. 857) non può alienare i suoi beni presenti, neanche a ti-
» tolo oneroso ed in buona fede, si deve conchiudere che il donatario sia proprietario de'
» beni donati. Il suo dritto rimane sospeso con una condizione legale, che mette alla do-
» nazioni di questa specie l'art. 1089 (1044), il quale vuole ch'esse divengano *caduche*, se
» il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla discendenza di lui, cioè, a' figli procreati
» col matrimonio, in contemplazione del quale è stata fatta la donazione, come abbiamo det-
» to nel § precedente. Per conseguenza il donatario non à fino all'epoca della morte del do-
» nante alcun dritto acquistato alla proprietà de' beni, alcun dritto trasmessibile a' suoi ere-
» di: e se muore senza figli, la donazione non svanisce, perchè non à avuto mai la sua esi-
» stenza; essa è caduca, cioè è priva del suo effetto, e viene considerata, come se non fosse
» mai esistita. La condizione della sopravvivenza del donatario è sospensiva e non risoluti-
» va, ancorchè fosse stato immesso nel godimento de' beni, poichè questa circostanza non
» gliene avrebbe trasferita la proprietà ».

Anche il Delalleau ritiene, che sia unica la donazione cumulativa, e che la proprietà così de' beni presenti che de' futuri passi alla testa del donatario alla morte del donante nel caso della premorienza di costui, e diventi caduca nel caso della sopravvivenza dello stesso. « Per rimuovere questo articolo 1089 (1044), si vorrebbe, egli dice, far credere ch'esso
» non contenga che un dritto di riversione: ciò è un confondere tutt'i principi. In verità,
» una donazione con l'obbligo della riversione non produce meno tutt'i suoi effetti; ma non

accettare o di rinunziare interamente la donazione. In caso di accettazione non potrà pretendere se non i beni che si troveranno esistenti in tempo

---

» avviene lo stesso di una donazione caduca. Tutti sanno che, s'intende per caducità, ciò » che non produce alcun effetto. Leggasi nel codice sez. 8, cap. 5, tit. 2, lib. 3, a vedras» si se si trova un solo esempio di legati caduchi, che sieno stati nel dominio dal legata» rio. Un legato, una instituzione sono caduchi, allorchè sono stati fatti sotto una condi» zione, che non si avvera: allora essi sono riputati di non aver avuto mai luogo. Or poi» chè l'art. 1089 (1044) parla di caducità, debbesi dare a tal parola in questo articolo » l'accezione che à negli altri art. del codice. Vi à *caducità*, poichè la condizione di so» pravvivanza, sotto la quale la donazione fu fatta, non si verifica. Se il legislatore aves» se voluto parlare di un dritto di riversione, l'avrebbe detto in termini formali, come nel» l'art. 951 (876), o almeno in termini equipollenti, come nell'art. 747 (670), ma non si » sarebbe servito dell'espressione di *caducità*. D'altra parte, se si fosse considerata questa » decadenza come un dritto di riversione, facea d'uopo dire, se avea luogo col peso di pa» gare i debiti e di mantenere le ipoteche, se poteva esercitarsi contro il terzo ec., quistio» ni di cui il legislatore non si è punto occupato e che gli autori non esaminano. Non si » può dunque dire che l'art. 1089 (1044) stabilisce un dritto di riversione, che non impe» disce al donatario di essere investito della proprietà. Questo articolo pronunzia la cadu» cità della donazione, locchè prova ch'essa non à avuto giammai effetto alcuno. Per al» lontanar questo art., si dice altresì, che bisogna portarvi una distinzione, e che la cadu» cità ch'esso pronunzia non debba applicarsi che a'beni futuri. Per ammettere questa so» luzione, sarebbe uopo che fosse rimosso dalla nostra legislazione il principio: *ubi lex » non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Oltre a ciò, dietro siffatto sistema bisogne» rebbe decidere, che il donatario investito della proprietà de'beni presenti morendo senza » figliuoli, trasmetterebbe i suoi beni a'suoi eredi collaterali, ciò che tutti gli autori non » ànno giammai ammesso. Chabrol (t. 2, p. 369) prova che ciò non può aver luogo, e ci» ta in sostegno della sua sentenza quattro arresti che ànno giudicato formalmente la qui» stione, e l'opinione di Ricard. Par forma che, gli autori e la giurisprudenza antica con» cordavano nell'affermare, che la donazione non passava punto a'collaterali senza distin» guere tra beni presenti e beni futuri. Il codice non fa neppure questa distinzione; e co» me potremmo dunque ammetterla noi? »

E Grenier che aveva sostenuto nella prima edizione del trattato *delle donazioni e testamenti*, che nella donazione cumulativa si contenavano due donazioni distinte, l'una di beni presenti e l'altra di futuri, si è ritrattato nella seconda ediziona, n. 434. Questo monumento della sapienza e della modestia di uno scrittore sì grave, renda questa opinione più autorevole. « Tal è il modo, egli dice, con cui credetti di dover decidere siffatta quistione » nella prima edizione del mio trattato. Ma non tardai a rammaricarmi di aver abbando» nato i miei stessi principi e una giurisprudenza anticamente fermata, ch'era perfetta» mente a mia conoscenza, in virtù della quale il donatario de'beni presenti e futuri ve» nendo a morire con figli nella vita del donante, egli non trasmetterebbe a'suoi figli alcun » dritto alla donazione de'beni presenti, cioè, a'beni esistenti all'epoca della donazione. » Il dritto di questi figliuoli è sospeso fino all'avvenimento dalla premorienza del donante. » Se essi muoiano prima del donatore, la donazione come nel caso della istituzione con» trattuale, diventa *caduca* per l'intero. Se il donatore muore prima de'figliuoli del dona» tario, costoro raccolgono tutt'i beni, ma, a differenza della istituzione contrattuale, con » la stessa facoltà che avrebbe avuta il donatario il quale fosse sopravvissuto al donante, » di potere scindere i beni presenti, cioè, esistenti al tempo della donazione, da'beni so» pravvenuti o acquistati dipoi, e di pagare i debiti uniformemente a questa scissione, se» condo ciò ch'è statuito dall'art. 1084 (1040). Ma finchè il donante vive, la donazione è » indivisibile. Tal è il principio, al quale mi affretto di ritornare, e debbo confessare che » io mi era lasciato soverchiamente influire dall'opinione di Furgole. Il passaggio della » proprietà pel caso del figlio donatario che premuore al donante, riguardo a'beni presen» ti, ripugna a'principi che regolano questa specie di donazione cumulativa. L'opinione de» gli autori che ànno professato queste massime, mi è sembrata seguita ne' tribunali così » prima, come dopo il codice civile; e Ricard non à detto nulla che vi si opponga. Per lo » opposto egli non cessa di assimilare la donazione de'beni presenti e futuri all'istituzione » contrattuale: egli dice, num. 1063, che queste due disposizioni non differivano che *di » nome*, in modo che debbono andar soggette alle medesime regole. Io ho lasciato non per» tanto sussistere tutto ciò che io avova detto in questa materia. La conoscenza delle cau» se e delle tracce di un errore confessato da uno scrittore, ferma più gagliardamente il » vero nell'animo de'leggitori ».

della morte del donante, e sarà soggetto al pagamento di tutti i debiti e pesi ereditarj.

1042. Le donazioni fatte per contratto di matrimonio non potranno impugnarsi, nè dichiararsi nulle, sotto pretesto di mancanza di accettazione.

V. gli art. 856 e 884.

1043. Qualunque donazione fatta a contemplazione di matrimonio sarà caduca, se il matrimonio non siegue (1).

V. gli art. 148, 884, 1131.

Da ultimo Duranton, t. 9, n. 735 e 736 professa la stessa dottrina.

4.° La donazione cumulativa de'beni presenti e futuri non abbisogna di uno stato estimativo da'beni mobili, come lo richiede l'art. 872 per le donazioni de' beni presenti, per la ragione cha in mancanza di tale stato i mobili non sono riputati compresi, che ne'beni futuri, i quali saranno presi dal donatario nello stato in cui si trovano alla morte del donante. Grenier, n. 435; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 413; Toullier, t. 5, nella nota al n. 854; Decisione dalla Corte di Nimes, Sirey, 9, 2, 61; della cass. di Parigi da'27 febbrajo 1821, Sirey, 21, 1, 236; Arresto a camere riunite della Corte Suprema di Giustizia di Napoli dei 25 luglio 1840 (causa *Viti e Viti*).

5.° La donazione degl'immobili de'beni presenti dev'essere trascritta nell'interesse dei terzi, perciocchè non potendo il donante alienare a titolo oneroso i beni presenti, conviene che si renda alla donazione la pubblicità, con la trascriziona dell'atto di donazione nei diversi uffizi ne'quali sono siti gl'immobili che àn formato oggetto della donazione. Greniar, n. 347; Duranton, t. 9, n. 737.

(1) Il dritto romano ammetteva la tacita condizione delle nozze per la dota costituita, l. 4, § 2, ff. *de pactis;* l. 21, 21 e 41, § 1, ff. *de jure dotium*. Riguardo alla donazioni ad ai regali fatti gli sposi, o ch'essi facevansi tra loro, l'antico dritto non accordava azione di ripetizione per non esser seguite le nozze, cha nel caso in cui la condiziona delle nozze si fosse pattuita, l. 7, 10 e 11, C. *de donationibus ante nuptias*. Ma l'imperatore Alessandro con un particolar rescritto obbligò un padre a restituire i legali che avea ricevuti da uno cha intandeva averne la figlia in moglie, l. 2, C. *eod.;* e Costantino generalizzando siffatta disposizione con la l. 15 dello stesso titolo, dispose che simili donazioni erano subordinate alla tacita condizione delle nozze, le quali non seguendo, senza colpa del donante, poteva questi ripetere il dono. Soggiunse però con la lagge 16, che se per qualche accidente, il matrimonio non potè seguire, come per esempio per la morte della sposa, la quale era stata baciata dallo sposo, questi non poteva ripetere dagli aredi della sposa che la metà di ciò cha avea donato; e se la sposa avea donato allo sposo, poteva ella o i suoi aredi ripetere tutto il dono dallo sposo. Gotofredo attesta sulla detta l. 16, che in Francia non era ricevata la disposiziona per effetto della quale la donna morendo dopo di essere stata baciata lucrasse la metà del dono; ma nel nostro regno i forensi agitarono la quistione sotto un doppio punto di veduta: 1.° Se la restituzione de'donativi fatti dallo sposo alla sposa dovea aver luogo; 2.° Se lo stesso dovea decidersi, quando i doni erano stati fatti dagli ascendenti, da'collaterali o dagli estranei. I monumenti di una fluttuante giurisprudenza in siffatta mataria sono stati raccolti dal Presidente de Franchis *decis.* 503, e dal suo giudizioso comentatore Carlantonio de Luca, su detta decis.

Ad allontanare ogni controversia il codice moderno à stabilito in principio fondamentale, che *qualunque* donazione a contemplazione del matrimonio è caduca se il matrimonio non segue. La donazione adunque sia di beni presenti, o di beni presenti e futuri, sia fatta dagli ascendenti, da'collaterali, o dagli sposi tra loro, è subordinata alla condizione delle nozze. E questa disposizione tanto più era necessaria, per allontanaro la conseguenza che avrebbe potuto ricavarsi dall'art. 856, secondo il quale la donazione è perfetta coll'accettazione, e quella dell'art. 1131, stabilito per i contratti ordinari, che la condiziona si à per adempita, quando il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento. Per il che, sia cha le nozze non avvengono per caso fortuito, sia per fatto dello sposo donante, la donazione è *caduca*, parola ch'energicamente esprime di non avere alcun effetto. La libertà de' matrimoni dev'essere rispettata, e non si è voluto per motivo d'interessi pecuniari rendere i contraenti nella posizione o di perdere la cosa donata, o sposare contro volontà.

Fra gli antichi dottori si agitò la quistione, se le donazioni fatte a contemplazione di matrimonio eran subordinate alla tacita condizione delle nozze sol quando fossero inserite nel contratto nuziale, o pura se tal condizione era sottintesa anche per quelle fatte con atto separato. Carlantonio da Luca nelle osserv. alla decis. 503 di de Franchis n. 8, riferisca la storia della controversia presso i nostri forensi, e sostiene che la condizione delle nozze era sempre sottintesa in queste specie di donazioni, rigettando la distinzione di que'forensi che di-

V. gli art. 994 e seg.; 1048.

1044. Le donazioni fatte ad uno degli sposi, a'termini degli articoli 1038 e 1040, diverranno caduche, se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla di lui discendenza (1).

1045. Tutte le donazioni fatte agli sposi ne' loro contratti di matrimonio

---

chiaravano irrevocabile la donazione, qaando nell'atto dicevasi falta *pro benevolentia et amore*, e subordinata poi alla condizione delle nozze, quella che avea per causa finale il determineto metrimonio. Oggi pare doversi decidere che la disposizione dell'art. in esame sia applicabile noe solo alle donazioni contonuto nel contratto nuziale, ma benanche a tutte quelle fatte con atto separato a contemplazione del matrimonio; osservando che quelle contenute nel contratto nuziale sono presunte di pieno dritto fatte a favore del matrimonio, e divengono caducbe se il matrimonio non segue: quelle fatte con atto separato sono cadnebe, se l'atto esprima di essere la donazione fatte a favore delle nozze; ma se non si fa parola delle nozze, non si presnmono fatte a contemplazione delle nozze, e quindi seguono le regole ordinarie di essere irrevucabili; pandette fraucesi, su questo art.; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 393.

(1) I. Primieramente è da osservarsi, che questo articolo dichiara formalmente di essere la sua disposizione applicabile alle donazioni fatte a'termini degli art. 1038 e 1040, ossia alle istituzioni contrettuali ed elle donazioni di beni presenti e futuri. Le donazioni quindi di beni presenti fatte a'termini dell'art. 1037 non divendano caducbe per la premorienza del donatario e della sua discendenza, come osservammo nella nota 1, pag. 189.

La ragione per cui le istituzioni contrattuali e le donazioni cumulative di beni presenti e futuri diventano *caduche*, se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla di lui discendenza, è chiera per le cose discorse nelle due note precedenti. Le donazioni, di cui è parola negli art. 1038 e 1040, noe ispogliano attualmente il donante, ma conteogono la nomina irrevocabile di erede a favore del donatario, ed in sua mancauza, si reputano sostituiti volgarmente i discendenti del donatario medesimo. Or la premorienza del donetario e della costui diseendenza fa sì ch'è manceta la condizione sotto la quale eran istituiti eredi: eglino non avevano cbe una semplice speranza all'eredità, ch'è svanita per la loro premorienza.

È stato impertanto quistione se, per impedire la caducità, faccia d'uopo che il donatario abbia lasciato figli nati dal matrimonio a contemplazione del quale fu fatta la dooazione, ovvern se sia sufficiente cbe se ne trovino da altro letto. Quest'ultimo partito era stato abbracciato da Grenier nella prima edizione del sno trattato *delle donazioni e testamenti*, intendendo in un senso empio le perole dell'art. in esame *ed alla sua discendenza*. Ma questa opinione è stata rigettata da tutti gli entori; imperciocchè le donazioni che l'art. io esame dichiara caduche per la sopravvivenza del doente *al donatario ed alla di lui discendenza*, non sono fatte, pel ceso eventuale della premorienza del donatario, se non *a' figli nascituri dal matrimonio* ch'è l'occasione delle sue liberalità; e se non sono fatte cbe a costoro, como altri potrebbero profittarne. Dippiù, se il donante non evrebbe potuto chiamere espressemento i figli nati o nascituri da un altro matrimonio, come potrebb'esser considerato di averli chiamati tacitamente? E se non li á chiamati nè espressamente nè tacitamente, a qual titolo impedirebbero essi la caducità della donazione? Così à ragionato Merlin, rep. v. *institut. contractuelle*, § 12, n. 9, e lo stesso Grenier nella 2.a edizione si è ritrattato, n. 421; Toullier, 1. 5, n. 840 e 861; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 404; Duranton, t. 9, n. 749.

II. *Effetti della caducità*—Dicemmo nella nota 1, p. 133, ciò che intendesi per *caducità*. Qui dobbiem dire, che Maleville su questo articolo, per aver confuso la caducità col dritto di ritorno, à sosteeuto cbe la moglie del donatario premorte senza prole à l'ipotece sussidiarie su'beni che àn formate oggetto della donazione a'termini dell'art. 1040, come lo sono i beni doneti nel caso di riversione, secondo gli art. 876 e 877. Ma questa dottrina è stata meritamente confutata com'erronea, perciocchè esisto una differenza tra il dritto di riversione, il quele suppooe cbe la donazione abbia avuto il suo effetto, e che il donetario sia stato immesso nel possesso, e la *caducità*, la quale suppone, al contrario, che la donezione non ebbia avuto la sue esistenze, per inadempimento della condizione sotto la quale ere stata fetta. È evidente quindi, che caducata la donazione per la premorienza del donatario, nè la moglie, nè i suoi creditori possono sperimentare alcun dritto su'beni che àn formato oggetto della donazione, poichè il donatario non è stato mai proprietario, e *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*, l. 54, ff. *de reg. jur.* Toullier, t. 5, n. 844 e 860; Chabot, *traité des successions*, sull'art. 747 (670) n. 12; Grenier, n. 424.

potranno, nel tempo dell'apertura della successione del donante, ridursi alla quota di cui la legge gli permetteva di disporre (1).

V. gli art. 819, 829.831, 837, 885, 1342.

CAPITOLO IX.

Delle disposizioni fra conjugi per contratto di matrimonio, o durante il matrimonio (2).

1046. Gli sposi potranno per contratto di matrimonio farsi reciprocamente (3), o l'uno de'due all'altro, le donazioni che vorranno, sotto le modificazioni quì appresso indicate.

V. gli art. 855, 884, 1042, 1045.

1047. Qualunque donazione fra vivi de' beni presenti fatta fra sposi per contratto di matrimonio non si presume fatta sotto la condizione della sopravvivenza del donatario, se questa condizione non è formalmente espressa; e sarà sottoposta a tutte le regole e forme prescritte di sopra per tali donazioni (4).

V. gli art. 1037, 871, 1042, 1045, 1292.

---

(1) I. Sono rivocabili le donazioni di cui parla l'art. 1037, per sopravvegnenza di figli; poichè l'art. 885 parla chiaramente delle donazioni tra vivi, anche a contemplazione di matrimonio. Lo stesso deve dirsi delle donazioni a'termini degli art. 1038 e 1040, poichè anno il carattere d'irrevocabilità, in quanto alla nomina dell'erede, e partecipano per questa parte della natura delle donazioni tra vivi. Toullier, t. 5, n. 846; Grenier, n.° 425; Duranton, t. 9, n. 747; Merlin, rep. v. *institut. contractuelle*, § 12, n. 6.

II. In quanto all'epoca da determinarsi per istabilire la quantità della riserva de' legittimari, v. nel t. 1, nota alla p. 393, n.° II.

(2) Il favore de' matrimoni à fatto derogare in parte alle regole del dritto comune in materia di donazioni tra vivi e testamenti. Nel capo precedente si sono esaminate queste specialità, ne'casi in cui col contratto nuziale la donazione siesi fatta agli sposi dagli ascendenti, da'collaterali ed anche degli estranei. Nel capitolo presente si danno le regole per le donazioni che i conjugi stessi possono fare l'uno a vantaggio dell'altro, o col contratto nuziale, o durante il matrimonio, e quali sono gli effetti di queste disposizioni.

(3) V. nel t. 1, p. 367 in princ.

(4) Le tre differenti specie di donazioni che gli ascendenti degli sposi, i collaterali ed anche gli estranei possono fare col contratto nuziale, e delle quali si è parlato nel capitolo precedente, possono gli sposi medesimi fare l'uno all'altro, o reciprocamente. Possono quindi donarsi beni presenti, come prescrive l'art. in esame; possono altresì istituirsi erede convenzionale, o dare cumulativamente beni presenti o futuri, giusta la disposizione dell'art. seguente.

Questo art. adunque che stabilisce potersi gli sposi donare beni presenti col contratto nuziale, ne sottomette le regole, le forme e le condizioni, a quanto trovasi *prescritto di sopra per tali donazioni;* ossia sono applicabili le osservazioni fatte nella nota 1, p. 189, comentando l'art. 1037. Se non che sono notevoli, per le donazioni di beni presenti tra sposi, le seguenti osservazioni:

1.° La donazione tra vivi de'beni presenti fatta tra sposi *non si presume*, dice l'art. in esame, *fatta sotto la condizione della sopravvivenza del donatario*, *se questa condizione non è formalmente espressa*. A dir il vero questa dichiarazione dell'articolo non solo è superflua, ma potrebbe menare alla conseguenza, per l'argomento *a contrario*, che le donazioni tra vivi nel contratto nuziale fatte allo sposo non dall'altro sposo, ma da altri, si presumono fatte sotto la condizione della sopravvivenza. Ma noi abbiamo osservato nella detta nota 1, pag. 189, e nella nota 1, pag. 204, che anche le donazioni fatte a'termini dell'art. 1037, per la premorienza del donatario non si rendono caduche. Del resto la legge permettendo di stipulare la condizione della sopravvivenza dello sposo donatario, bisogna attentamente esaminare dall'insieme dell'atto, se la condizione fu concepita collo scopo di rendere la donazione sospensiva e da produrre il suo effetto sol quando il donatario sopravvivesse al donatario; o pure se le parti abbiano inteso di stipulare il dritto di riversione, ossia render risolutiva la donazione nel caso di sopravvivenza del donante. Nell'uno e nell'altro caso la donazione è sempre tra vivi, e la differenza sta in ciò: se la condizione è sospensiva, il donante non può certamente rivocare la donazione, e solo ne conserva la proprietà, à dritto di percepire i frutti della donazione; ma verificata la condizione, il dona-

V. gli art. 819, 1263, 1352.

1048. La donazione de'beni futuri o de'beni presenti e futuri fatta tra sposi nel contratto di matrimonio, o che sia semplice, o che sia reciproca, soggiace alle regole stabilite nel capitolo precedente per le donazioni simili che si fanno loro da un terzo; tranne soltanto che non si trasmette a'figli nati dal matrimonio, nel caso che il conjuge donatario premuoia al conjuge donante (1).

V. gli art. 819, 1263, 1352.

1049. Il minore non potrà per contratto di matrimonio donare all'altro sposo tanto per donazione semplice, quanto per donazione reciproca, se non coll'approvazione ed assistenza di coloro, il cui consenso è richiesto per render valide le sue nozze: con tal consenso potrà donare tutto ciò che la legge permette allo sposo maggiore di donare all'altro conjuge (2).

---

tario à dritto di risolvere tutte le alienazioni o pesi che fossero stati imposti sulle cose donate, art. 1134, 2011. Se poi la condizione è risolutiva, il donatario entra immediatamente nel possesso della cosa donata, può alienarla, salvo gli effetti della risoluzione, art. 877, 1136, 2012. Duranton, t. 9, n. 757.

Qui è notevole, sul patto della sopravvivenza, che se il conjuge donante si fosse renduto colpevole dell'assassinio dell'altro, l'uccisore non può profittare dell'avvenimento della sua sopravvivenza, art. 1131: Arresto della Cass. di Parigi del 5 maggio 1818, in Dalloz, v. *disposit. entre vifs et testam.*, cap. 12, sezione 1—Sulla quistione poi, se debbasi nello stesso modo decidere, quando l'omicidio è stato sensabile o colposo, vedi nel t. 1, nota 3, p. 254.

2.° Le donazioni tra sposi non possono esser fatte col peso di restituire i beni donati ai figli nascituri, perciocchè gli art. 1003 e 1004, non accordano questo dritto agli sposi, e d'altronde l'art. 1037 non permette le donazioni di beni presenti a contemplazione di matrimonio, a favore de'figli nascituri, che ne'casi degli art. 1003 e 1004.

3.° Se per regola generale le donazioni a contemplazione di matrimonio non sono rivocabili per causa d'ingratitudine, art. 884, pure quelle fra sposi sono rivocabili per effetto della separazione personale: art. 228 e 229, senza però poter pregiudicare i dritti de'terzi, art. 883.

4.° Le donazioni tra sposi non si rivocano per sopravvegnenza di figli, art. 885; vedi nel t. 1, nota alla p. 437 in princ.

5.° L'art. 541 delle *leggi di eccez.* contiene una specie di rivocazione, poichè dice che la moglie non potrà esercitare nel fallimento alcun'azione a cagione dei vantaggi stipulati nel contratto matrimoniale: e reciprocamente i creditori non potranno prevalersi in alcun caso de'vantaggi fatti dalla moglie al marito nello stesso contratto.

(1) Le istituzioni per contratto di matrimonio e le donazioni di beni presenti e futuri che gli sposi possono farsi col contratto nuziale, sono sottoposte alle regole di quelle fatte da'terzi a'termini degli art. 1038 e 1040, tranne che quelle fra sposi non sono trasmessibili a'figli, ossia divengono caduche per la premorienza del donatario, ed i figli non si reputano sostituiti volgarmente. La legge à voluto preferire lo sposo donante a'figli, i quali per altro troveranno nell'eredità del donante medesimo i beni ch'erano stati donati allo sposo predefunto. Osserva però Duranton, t. 9, n. 759, che il donante potrebbe con una espressa dichiarazione nel contratto nuziale, fare anche la donazione a'figli da nascere dal matrimonio nel caso di premorienza del suo conjuge donatario: siffatta clausola non è per nulla contraria alla legge, poichè la legge medesima la supplisce in queste donazioni, allorchè sieno fatte da' terzi, art. 1038.

(2) I. Il matrimonio è un trattato, nel quale i minori coll'assistenza di coloro, il cui consenso ne è richiesto per la celebrazione, debbono essere liberi di stipulare i loro dritti e di regolarne i vantaggi che vogliono procacciarsi vicendevolmente. I sentimenti che li animano sono allora nella massima energia, e per favorire i matrimonii la legge permette allo sposo minore di fare quelle donazioni che crederà conveniente, mentre negli altri casi il minore è colpito da incapacità, art. 819 e 1079.

II. La disposizione di questo articolo si applica anche a' minori che sono figli naturali. Questa idea si raccoglie dacchè, la prima compilazione diceva. . . *e l'assistenza di quei* DE' SUOI PARENTI *il cui consenso ec.* Alle parole *de'suoi parenti* si sostituì la parola *coloro*, sulle osservazioni del Tribunato, che motivò così la sua emenda: « dicendosi *de'suoi* « *parenti*, potrebbe risultarne una esclusiva contro il figlio naturale, che non à parenti, « e che dev'essere assistito da altri che da' parenti. »—Locré, t. 5, p. 301, n. 75.

III. È notevole che, se i minori possono fare col contratto nuziale donazioni allo sposo, non possono dopo il matrimonio e durante la minorità fare donazioni, benchè rivocabili a'termini dell'art. 1050; Maleville, sull'art. 1095 (1049); Toullier, t. 5, n. 925; Grenier, n. 461; Levasseur, n. 63.

1050. Qualunque donazione fra conjugi, durante il matrimonio, quantunque si qualifichi per donazione fra vivi, potrà sempre rivocarsi (1).

Eccez. all'art.860

---

(1) Comenteremo complessivamente gli art. 1050 e 1051.

I. *Origine delle donazioni tra conjugi durante il matrimonio* — Le leggi romane proibirono ne' primi tempi in un modo assoluto le donazioni tra conjugi durante il matrimonio. Temevasi di vederli spogliarsi vicendevolmente del loro patrimonio per effetti inconsiderati di loro tenerezza, *ne mutuo amore se invicem spoliarentur;* temevasi che venisse reso venale il matrimonio, e che lo sposo onesto venisse esposto e costretto a comperarsi la pace dall'altro, mediante de' sacrifizi che avessero il titolo di donazioni, l. 3, ff. *de donat. inter virum et uxorem.*—Non fu che molto tempo dopo averle proibite con un inflessibile rigore, che le leggi vennero a dichiarare che queste donazioni, quantunque nulle per sè medesime, l. 1, ff. *eod.*, quantunque incapaci di trasferire la proprietà non che il possesso civile, ma solamente il possesso naturale degli oggetti donati, *l. 26 e 56, ff. eod.*, quantunque incapaci di formare, pel conjugo donatorio, anche un titolo mascherato dalla prescrizione, *l. 5*, § 1, ff. *pro donato*, sarebbero non pertanto confermate, come decise l'imperatore Antonino con la l. 32, ff. *de donat. inter virum et uxorem*, se il conjuge donatore venisse a morire senz'averle rivocate.

L'ultimo stadio del dritto romano era adunque, che le donazioni tra conjugi non potevano valere come donazioni tra vivi; ma che perchè niente impediva a' conjugi di farsi donazioni a causa di morte, come decideva la l. 22, *ff. eod.*, le donazioni tra vivi ch'eglino si facevano contro la proibizione della legge, prendevano per essi, sotto certi aspetti, il carattere di donazioni a causa di morte; e che a similitudine delle medesime, esse divenivano irrevocabili per la morte del conjuge donatore, ma non già prima.

Nel nostro regno non vi erano usi o consuetudini contrarie a' titoli del Digesto e del Codice, *de donationibus inter virum et uxorem*. Non così in Francia, dove molte consuetudini vietavano assolutamente le donazioni tra vivi tra conjugi, a meno che la donazione non fosse reciproca a vantaggio del sopravvivente. Il codice moderno à preferito la misura adottata nella romana legislazione, prevenendo con gli art. 1050 e 1051 gl'inconvenienti che posson nascere dalle donazioni fatte tra conjugi durante il matrimonio, non che dando alle donazioni medesime quel carattere di vere donazioni tra vivi, che trasferiscono il dominio, per altro risolutivo, al donatario. Non si potrà più porre in dubbio, che le donazioni non sian l'effetto di un libero consenso, e che non sono attribuibili nè alla seduzione, nè ad un effetto momentaneo ed inconsiderato, quando lo sposo in libertà di rivocarla vi persisterà sino alla morte; quando la moglie non avrà bisogno per questa revoca di alcun'autorizzazione; quando per render questa revoca ancor più libera e perchè non si possa cavar argomento dalla indivisibilità delle disposizioni di un atto medesimo, vinne stabilito, che i conjugi non possono farsi alcuna reciproca donazione col medesimo atto.

II. *Natura e formalità delle donazioni tra conjugi*, *e conseguenze che ne derivano*—Le donazioni tra conjugi sono vere donazioni tra vivi, benchè rivocabili, e non sono da confondersi con le donazioni a causa di morte non riconosciute dal codice moderno. Tanto è ciò vero, che l'art. 1051 permette in due modi di disporre tra conjugi, *per donazione tra vivi* e per testamento. La donazione tra vivi fatta tra conjugi differisce dalle donazioni ordinarie in ciò che, queste sono irrevocabili, art. 813, e quelle rivocabili, come dice l'art. in esame. Quindi i testamenti e le donazioni tra conjugi ànno di comune la rivocabilità, ma nel resto sono vere donazioni tra vivi. Imperciocchè con questi termini dell'art. 1050 *quantunque si qualifichi per donazione tra vivi*, il legislatore fa comprendere che *le donazioni tra vivi* possono aver luogo fra due conjugi durante il matrimonio; che la rivocabilità che dichiara esser dell'essenza delle donazioni tra conjugi, non è un ostacolo acciò queste donazioni sieno qualificate *tra vivi:* e permetterle di qualificarle *donazioni tra vivi*, è di già annunziare che non si possono rivestirle se non della forma delle donazioni tra vivi, quantunque esse sieno altronde rivocabili. E l'art. 1051 è più positivo, che, permette a' conjugi con atti separati farsi *donazioni tra vivi*, benchè rivocabili. Sparge una nuova luce su questa verità l'art. 871, che fa parte della sezione intitolata: *della forma delle donazioni tra vivi*. Questo art. eccettuando dalle formalità interne delle donazioni ordinarie, prescritte dagli art. 867 a 870, le disposizioni contenute nel capitolo 9, che à la rubrica: *delle disposizioni fra conjugi per contratto di matrimonio*, O DURANTE IL MATRIMONIO, fa chiaramente vedere che durante il matrimonio, i conjugi, a fin di vantaggiarsi, possono scegliere la forma delle donazioni tra vivi. Da ultimo le stesse leggi romane, dalle quali si è ricavata la ragion motiva della rivocabilità delle donazioni tra conjugi, non richiedevano per la loro validità che fossero rivestite delle forme degli atti di ultima volontà, cioè de' testamenti o de' codicilli; ma, per l'opposto volevano che fossero insinuate,

V. gli art. 206 e 207.

La rivocazione potrà farsi dalla moglie, senza esservi autorizzata dal ma-

---

e l'insinuazioee era una formalità propria delle donazioni tra vivi: in mancaoza d'insinuazione, esse rimanovano senza effetto se non fossero state ratificate con testamento o con codicillo, come si raccoglie dalla l. 25, C. *de donat. inter vir. et uxor.*, e dalla novella 162, cap. 1, § 2. In conseguenza è consono alla lettera ed allo spirito dello *leggi civili*, che le donazioni tra conjugi fatte durante il matrimonio, sono vere donazioni tra vivi, e sottoposte alle formalità delle donazioni tra vivi. Merlin, rep., v. *donation*, sez. xi.

Dal priacipio, che lo donazioni tra conjugi durante il matrimonio sono vere donazioni tra vivi, e sottomesse allo formalità dello donaaioni tra vivi, consegue:

1.° Che debbono essere accettate, a'termini dell'art. 856, o non è ad esse applicabile la eccezione contenuta no l'articolo 1042 relativo soltanto alla donazioni a contemplazione di metrimonio. Grenior, n. 458; Toullier, t. 5, n. 917; Duranton, t. 9, n. 774.

2.° Cho lo donaaiooi di mobili debbono contenere uno stato estimativo, art. 872. Toullier, t. 5, n. 917; Grenier, n. 458, *bis*.

3.° Che le trascrizione degl'immobili donati nen è richiesta, mentre, attesa la rivocabilità delle donazione, è permesso al coajuge donaete di alienare l'immobile a qualunque titolo.. Grenier, n. 456; Delviacourt, lib. 3, tit. 4, nota 44e.

4.° Che la dnaazione tra conjugi non rivocata, produce l'offetto dal di in cui è stata accettata, *ad illud tempus referatur quo donatio conscripta sit*, l. 25, C. *de donat. inter vir. et uxor;* Voet, in d. tit. del digesto, n. 4. Dovendosi qoindi eseguire la riduzione delle disposizieni testamentarie e dello donazioni nell'interesse degli eredi della riserve, il conjugo donatario non deve *pro rato* in concorso do'legatarl contribuire alla riduzione, ma debbonsi prima osaurire tutte le disposizioni testamentarie, giusta l'art. 840: vedi nel t. 1, nota 1, p. 406 e 407.

III. *Diverse specie di donazioni, e se possono i coniugi donarsi reciprocameete*—Le donazioni tra conjugi possono risgaardare beni presenti, o possono aocha farsi a titolo universale. Arresto della cass. di Parigi de'22 luglio 1807, in Merlin, rep., v. *donation*, sez. xi; Grenier, n. 459; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 44o; Toullier, t. 5, n. 917; Durantoo, t. 9, n. 775.

Le leggi romnno permettevano a'conjugi di donarsi reciprocamente, l. 7, § 2, ff. *de donat. inter vir et uxor.* L'art. 1051 non vjeta a conjngi di farsi donaaioni reciproche, ma proibisco soltanto di farsi donaaioni scambievoli col medesimo atto; e con tale proibizione così limitata permetto loro evidontemeote di farsi deoazioni reciprocho con atti separati, nulla importando che de'due atti l'uno sia fatto immediatameete all'altro. Merlin, rep., v. *donat.* sez. XI; Toullier, t. 5, n. 915 a 916; Duranton, t. 9. n. 773.

IV. *Se sono rivocabili le donazioni celate sotto la forma di un contratto oneroso, o fatte per mezzo d'interposte persone*—Tutto ciò cho si fa in frodo della leggo non deve produrre effetto: eon è lecito certamento, per rondero irrevocabile la dooazione che la legge dichiera essenzialmento rivocabile, adoperare la forme di un contratto a titolo oneroso, l. 49, ff. *de donat. inter. vir. et uxor.* (v. eel t. 1, nota 3, p. 385) Così gli acquisti fatti dalla moglie in costauza di matrimoeio, dee presumersi cho sieno pervenuti dal marito, qualore essa oon dimostri une diversa pervenienza legittima, eltrimenti dovrebbe dirsi che sieno l'effetto di vergognoso mercato che ebbia fatto di sè medesima; l. 51, ff. o l. 6, C. *de donat. inter vir. et uxor.*; Fabro, C. lib. 4, tit. 14, def. 41; Voet, *ad pandectas*, lib. 29, tit. 1, n. 16.

Debbesi similmente dire, ch'è pur rivocabile nna donaziono fatta al coajnge per mezzo d'interposta persone, l. 5, § 2, ff. *de donat., inter vir. et uxor.*; Voet, ibid., n. 9. (v. nel t. 1, nota 3, p. 385): e debbonsi di pieno dritto considerare persone interposte quello indicate nell'art. 1053; perciocchè nella materia di cui si tratta soeo ovidentemente applicabili i medesimi motivi, altrimenti bisognerebbe dire che il conjuge volende con seduzione estorquere una donaziono all'altro conjuge, per renderla irrevocabile, farebbe comparire per donatario il figlio del conjuge neto da altro matrimonie, e altra persona presunta interposta dall'art. 1053.

V. *Effetti della rivocabilità delle donazioni tra conjugi*—Dacchè lo donazioei tra conjugi sono essenzialmente rivocabili, la scuola francese, invocando enche la disposizione della leggo 32, § 4, ff. *de donot. inter vir. et uxor.*, à stabilito in principio che la premorienza del cenjuge donatario rende caduce la denazione: taoto insegnane Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 407; Grenier, n. 454; Toullier, t. 5, n. 918; Duranton che avea insegnato il contrario, si è poscia nel t. 9, n. 777 ritrattato, uniformaodosi al parero de'giureconsulti che l'avean preceduto. Ma i signori Magliaeo e Carrillo non si sono fatti trascinare dall'autorità della scuola francese, e comontando l'art. 1050, ànno lungamente (t. 3, p. 864 e seg). discorso la importanto quistione, se cioè, per le sola facoltà che l'art. 1050 dà al cenjuge di rivocare la donazioee tra vivi fatta al conjuge durante il matrimonio, s'inten-

rito o dal giudice.

Tali donazioni non si rivocano per sopravvegnenza di figli. V. l'art. 885.

1051. I conjugi, durante il matrimonio, non potranno nè con atto tra vi-

---

da l'atto medesimo rivocato di dritto per la premorienza del conjuge donatario, senza che il donante lo rivochi, siccome è stabilito per gli atti di ultima volontà coll'art. 994. Eglino dimostrano in primo luogo di non potersi prendere argomento dal dritto romano che dichiarava caduca, al par degli atti di ultima volontà, la donazione tra conjugi per la premorienza del donatario, poichè i principj sulla natura della donazione tra conjugi de' romani, o su quella permessa dall'art. 1050 sono diversi (*). Indi passano a dimostrare, che secondo i principj del codice attuale, la proprietà si trasmette al conjuge donatario sotto condizione risolutiva, e per conseguente la rivocazione che suppone un atto di volontà per parte del donante, non deve confondersi con la caducità che ne' casi determinati dalla legge à luogo di pieno dritto. Quindi i signori Magliano e Carrillo propongono il seguente sistema: quando la donazione tra conjugi risguarda beni presenti soltanto, o beni presenti e futuri cumulativamente, la premorienza del donatario non opera la caducità della donazione. Se poi il conjuge avesse fatto una istituzione contrattuale, in questo caso la premorienza del donatario opera la caducità, nello stesso modo che per l'art. 1048 si rende caduca simile disposizione fatta per contratto di matrimonio.

(*) Ecco le parole de' lodati comentatori, nella p. 865, per la parte che riguarda il dritto romano.

« Non sembra potersi prendere argomento dal dritto romano, ove le donazioni fra conjugi divengon caduche al pari delle ultime volontà, se il donatario al donante premuoja; poichè ciò da diversi principj dipende.

« La donazione fra conjugi per atto tra vivi era per la romana legislazione nulla, non già rivocabile. *Moribus apud nos receptum est* (dice Ulpiano nella l. 1, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*), *ne inter virum et uxorem donationes valerent.* L'imperator Antonino volle scrupolosamente serbar intatto detto costume, fondato su di una moral ragione, affinchè per uno smodato affetto i conjugi non si spogliassero a vicenda, allorchè propose con una *orazione* al senato di potersi dette donazioni con la morte del donante convalidare, quando costui non se ne pentisse, l. 32, § 2, ff. *de donat. inter vir. et uxor.* Adunque la donazione sino alla morte del donante è nello stato d'invalidità qual era prima del senato-consulto, il che da' giureconsulti romani, e negl' imperiali rescritti costantemente si afferma. Quindi l'istesso Ulpiano dice: *Oratio, si ante mors contigerit ei cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit: si donator prior decesserit, tunc donatio valebit*, d. l. 32, § 13: e lo stesso era stabilito della altra persona, cui vietavasi di donare, come del suocero che donasse al genero ed alla nuora. Papiniano nel caso di premorienza non del donatario, ma del conjuge non donatario figliuolo del donante, dice egualmente che quantunque *odium donationis perseveret* sino alla morte del suocero donatore, pure se costui non ne muove quistione, à luogo l'orazione di Antonino, d. l. 32, § 16. Infatti questo imperatore afferma, che se il donante persista nella stessa volontà, la donazion rimane confermata dalla sua costituzione, l. 3, Cod. *eod.*; e così anche si esprime l'imperatore Gordiano, l. 10, C. *eod.*: ed all'opposto *irrita* la donazione si appella se il donatario premuoja, l. 13, C. *eod.*; siccome mutandosi volontà del donante, si dice essere il dominio delle cose donate nelle di lui eredità sempre mai risieduto, d. l. 15: generalmente poi s'insegna che nelle donazioni fra conjugi *nec initio dominium transferri potest, nec post, si divortium intercesserit; vel prior persona, quae liberalitatem accepit, rebus humanis fuerit exempta, vel ab ea qui donavit fuerit revocata, potest convalescere*; l. 18, C. *eod.*

« Il senato consulto, dice Scipione Gentile (*de donat. inter vir. et uxor.*, lib. 3, c. 4) non alterò l'antico dritto, se non in ciò, che prima vi bisognava un'espressa conferma o convalidazione del donante, l. 109 ff. *de legat.* 1, e dopo bastò una semplice tacita volontà perseverante sino alla morte. Adunque, ei soggiunge, due sono le condizioni sotto le quali il senato consulto conferma sì fatte donazioni, una delle quali mancando, non restan convalidate: 1.° Che il donante muoja prima del donatario; 2.° Che muoja colla stessa volontà. *Oratione seu lege alia opus fuit*, egli conchiude, *ut confirmarentur donationes ab initio inutiles propter regulam juris notissimam.*

« Ora da tali principj si scorge naturalissima la conseguenza, e la ragione del senato consulto in richiedere la sopravvivenza del donatario. Tosto che la donazione è in istato d'invalidità, e la validità è sospesa dalla condizione di una continuata perseveranza del donante sino alla morte, ove il donatario premuoja, non può all'erede trasmettere un'azione per causa di donazione non esistente, perchè imperfetta e rimasta nello stato d'invalidità.

« Se la nuova legge adottato avesse il medesimo sistema, potrebbe dirsi, che sebbene non vi fosse sanzione espressa di caducità per la premorienza del donatario, come avvi nel dritto romano, pure sia una necessaria conseguenza del sistema e della ragion della legge; ma il nostro articolo dà la donazione per valida, mentre dice solo potersi *sempre rivocare*: ciò che può rivocarsi è nello stato di validità sin che non si rivochi, siccome lo è una donazione la quale può rivocarsi per causa d'ingratitudine: e che sia in istato di validità molto più il dimostra l'altra eccezione di non rivocarsi di dritto per la sopravvegnenza di figli. La sua rivocazione adunque non è mai una tacita condizione sospensiva del dono; ma è condizione solo risolutiva il potersi rivocare. Inoltre dicendosi coll'art. 868 esser nulla la donazione sotto condizioni, la cui esecuzione dipenda dalla sola volontà del donante, ed eccettuandosi coll'art. 871 le donazioni fra conjugi, ne segue che queste sono rivocabili a beneplacito del donante, ma non nulle.

« Secondo gli esposti principj avrebbe a conchiudersi che qualsivoglia donazione fra conjugi, anche reciproca, non si caduchi per la premorienza del donatario, ma che questi trasmetta al suo erede il dritto a conseguire i beni donati, quante volte la donazione in seguito non si rivochi dal donante, purchè non si sia espresso che il dono debba dal sopravvivente raccogliersi.

V. l'art. 898.

vi, nè con testamento, farsi alcuna donazione scambievole e reciproca con un solo e medesimo atto.

Non potendo passare sotto silenzio l'esame di questa importantissima quistione, noi siamo di avviso che la premorienza del conjuge donatario non produce la caducità della donazione; e siccome questa dottrina è opposta alla imponente autorità della scuola francese, presenteremo con la massima circospezione taluno osservazioni, di risposta a quanto à scritto Duranton, il quale nel luogo citato riunisce tutti gli argomenti che comprovano l'assunto della scuola francese.

In primo luogo Duranton fa distinzione tra le donazioni di beni presenti, e quelle fatte *per modum universitatis*, de' beni cioè che il defunto lascerà al tempo della sua morte, o de'beni presenti e futuri. Egli dice che queste ultime sono caduche per la premorienza del donatario, e noi ne conveniamo perfettamente, rigettando per questa parte l'opinione dei signori Magliano e Carrillo, i quali sostengono di non esser caduca la donazione cumulativa de'beni presenti e futuri: nella nota 1, pag. 200, abbiamo dimostrato che la donazione cumulativa de' beni presenti e futuri è simile ne' suoi effetti alla istituzione contrattuale.

Laonde la discordanza con la scuola francese è sugli effetti della donazione tra vivi di beni presenti.

Dice in prima Duranton all'art. 1092 (1047) dice che la donazione fra vivi di beni pre-
» senti fatta tra sposi per contratto di matrimonio non si presume fatta sotto la condizione
» della sopravvivenza dello sposo donatario, se questa condizione non è formalmente espres-
» sa: or vi è ragione di credere, *a contrario* che altrettanto non sia della donazione fatta
» tra conjugi *durante il matrimonio*, poichè essendo essenzialmente rivocabile, tiene della
» natura delle donazioni a causa di morte ».

Siffatto ragionamento non offre che un argomento *a contrario sensu*, e qui giova rammentare ciò che diceva Merlin in una dotta conclusione (riferita nel rep., v. *inscript. hypotec.*, § 5, nella nota al n.° 9), *tutti sanno che l'argomento* A CONTRARIO SENSU *è, in generale, soggetto a traviar coloro che ne fanno uso*. Avvi qui d'altronde una ragione convincentissima per farci rigettare l'argomento *a contrario*: dessa è, che se la disposizione dell'art. 1047 (di non essere cioè la donazione di beni presenti fatta tra sposi nel contratto nuziale, subordinata alla condizione della sopravvivenza del donatario) fosse speciale alle donazioni *tra sposi per contratto nuziale*, bisognerebbe altresì dedurre a *contrario*, che la stessa donazione fatta da un terzo a'termini dell'art. 1037 è subordinata alla condizione della sopravvivenza. Ma non è questo il senso della legge, come ne à convenuto lo stesso Duranton: vedi la nota 4, pag. 205. Non *a contrario* adunque, ma *a fortiori* conviene argomentare dall'art. 1047, pel caso di cui trattasi nell'art. 1050, dove nulla necessitava una spiegazione per parte del legislatore, che nello stesso art. 1050 formalmente dichiara, non avere altro di speciale le donazioni tra conjugi, che la rivocabilità.

» L'art. 1093 (1048), continua Duranton, conferma simile opinione; imperciocchè se le
» donazioni fatte a' termini di questo art., non ostante la loro irrevocabilità, art. 1083
» (1039), non sono trasmessibili a'figli nati dal matrimonio in caso di precedente morte del
» conjuge donatario prima del conjuge donante, a più ragione una donazione sempre rivo-
» cabile non deve passare agli eredi del conjuge donatario ».

Ma pur cade questo argomento *a fortiori*, per una ragione semplicissima, che noi trattiamo della donazione di beni presenti, e l'art. 1048 è relativo alla istituzione contrattuale. Il conjuge che è istituito erede contrattuale col contratto nuziale, altro non acquista che il titolo di erede: or si comprende che l'erede dev'esser vivente all'epoca dell'aperta successione, altrimenti la istituzione è caduca. Ma con la donazione di beni presenti il conjuge donatario non acquista un *nomen juris*, una semplice speranza, ma acquista attualmente la proprietà subordinata però alla condizione risolutiva della rivocazione. Or come possono confondersi gli effetti della condizione risolutiva di un contratto perfezionato, con le regole della caducità applicabili esclusivamente alle eredità?

Dice in terzo luogo Duranton, che siccome nelle donazioni di beni presenti fatte nel contratto nuziale, la riserva di una cosa compresa nella donazione, fa sì che se il donatario premuore al donante, la cosa riservata appartiene a' costui eredi, così la facoltà di rivocare la donazione inerente a quella fatta tra conjugi, debbe produrre gli stessi effetti della riserva di una cosa compresa nella donazione tra sposi col contratto nuziale.

E neanche questo terzo argomento ci sembra di molto peso, se per poco si riflette, che la irrevocabilità, carattere proprio delle donazioni tra vivi ordinarie, à fatto stabilire la massima che *dare e ritenere non vale*; donde consegue, che nelle donazioni ordinarie, la cosa riservata non appartiene che agli eredi del donante, art. 870, poichè si reputa di non

1032. L'uomo o la donna che, avendo figli di altro matrimonio, ne con-

---

formar parte della donazione, la cosa di cui il donante si è riservato la disposizione, ed il favore de' matrimoni permetta il patto in contrario. Ma con la donazione di beni presenti, si dà attualmente la cosa donata, la donazione è perfetta con l'accettazione del donatario, art. 862, e la sola facoltà che conserva il donante di rivocarla, non toglie alla donazione tutt'i suoi effetti, sino a che la facoltà di rivocare non si è esercitata. È ben diversa quindi la riserva di disporre di una cosa compresa in una donazione tra vivi ordinaria, dalla facoltà di rivocare la donazione fatta al conjuge.

Da ultimo Duranton ritiene che la donazione tra conjugi, per la sua rivocabilità, tiene della natura delle disposizioni a causa di morte, che si rendono caduche per la premorienza de' legatari.

Ma di un principio vero si fa nella specie un'applicazione falsa, perciocchè la rivocabilità non fa cangiare di natura la donazione tra conjugi, ch'è una vera donazione tra vivi. Sì, è una vera donazione tra vivi, poichè vi è trasferimento attuale ed effettivo, a titolo gratuito, di una proprietà presente e certa. Il donante si è realmente spogliato, e nel sistema di Duranton bisognerebbe dedurre, che la tradizione che il donante abbia fatta della cosa donata, non à spossessato il donante che di fatto; essa non gli à tolto che il possesso corporale della cosa; ma il possesso di dritto è rimasto presso il donante, imperciocchè fino a che la proprietà della cosa consegnata non sia fissata nelle mani di colui a pro del quale la tradizione è fatta, essa rimane essenzialmente presso l'autore della stessa tradizione; tal è la conseguenza naturale del principio, che la proprietà non può rimanere in sospeso, e che necessariamente fa mestieri che stia appresso di qualcuno. Or vegga ognuno se possa reggere questo sistema.

Se dunque è incontrastabile, che la proprietà possa rimanere presso il donante dopo la donazione accettata dal conjuge, non si può non conchiudere del pari che è cosa inesatta, attribuire per la circostanza della rivocabilità della donazione, gli effetti degli atti di ultima volontà che si rendono caduchi per la premorienza del donatario. «Tranne la rivoca» bilità, dice molto bene Merlin (rep., v. *revocat. de donat.*, § 2), la donazione che fa un » marito a sua moglie, *à tutt'i caratteri e tutti gli effetti della donazione tra vivi ordina-* » *ria*: essa trasferisce al conjuge donatario, la proprietà risolubile de' beni donati; il conju» ge donatario percepisca incommutabilmente per suo proprio conto i frutti che produco» no questi beni ».

Per il che si concepisce, che gli atti di ultima volontà si rendano caduchi per la premorienza del donatario, perchè non producono il loro effetto che dopo la morte del donante; ma la donazione fatta al conjuge produce effetto dal momento dell'accettazione, ed in conseguenza, non ostante la rivocabilità, ottiene tutti gli effetti delle donazioni ordinarie, tra quali quello di passare la proprietà risolubile all'erede del donatario. Da ciò nasce, che il conjuge minore non può donare al conjuge, e di questa verità ne convengono i giureconsulti francesi, come abbiamo esposto nella nota 2, pag. 206 in fine; che dovendosi esercitare la riduzione, i legati debbonsi prima delle donazioni tra conjugi ridurre, t. 1, nota 1, pag. 406 e 407; che i creditori del defunto volendo esercitare l'azione di separazione di patrimonio, non possono comprendervi i beni donati al conjuge, i quali si trovavano usciti dal suo dominio prima della morte del debitore. Or se, malgrado la rivocabilità, le donazioni tra conjugi non ànno gli stessi effetti delle disposizioni rivocabili di ultima volontà, come poi potrebbe avere soltanto quello della caducità per la premorienza del donatario? E non sarebbe questo che sconvolgere tutt'i principj della materia, e confondere la rivocazione di un atto con la caducità? È caduco un atto che non à cominciato ad avere alcuna esecuzione per circostanze indipendenti dalla volontà del disponente (nota 1, p. 337); è rivocato un atto di già consumato, o si dice di una donazione ch'è rivocabile per ingratitudine, per sopravvegnenza di figli ec. La rivocazione devè nascere dalla volontà del disponente, ed in qualche caso la legge pronunzia *ipso jure* la rivocazione, come nell'art. 885: la caducità si opera sempre per ministero di legge. L'art. 1030 non parla di caducità, ma di rivocazione di donazione, derivante dalla volontà del donante; che anzi non ammette la rivocazione *ipso jure* per sopravvegnenza di figli. Tanto è ciò vero, che prevedendo il caso di una donazione dalla moglie fatta al marito, la esenta dall'obbligo di ottenere l'autorizzazione maritale o quella del giudice. Finchè dunque non si è manifestata la volontà di rivocare la donazione tra vivi, dessa continua a ricevere il suo effetto, cioè quello di risedere la proprietà presso il donatario, il quale morendo, la trasmette al suo erede, con la stessa condizione con cui l'avea avuta: *res transit cum onere suo.*

Conviene in fine osservare, che per regola generale di dritto, come osserva sapientemente Cujacio (*observat.*, *lib.* 25, *cap.* 18) *non passim licere nobis interpretationibus nostris* TACITAS CONDITIONES *inducere*, se non apparisca dalla cosa stessa, o dalle parole

V. l'art. 829.

tragga un secondo o altro ulteriore, non potrà donare al nuovo conjuge più della quota di quel figlio legittimo che prenderà il meno (1).

---

manifestamente la volontà de'contraenti di averle ne'loro atti tacitamente volute. Vi è bisogno, egli soggiunge, di una legge cha introduca ed approvi una tacita condizione, o conviene che dalla cosa stessa, e dalla avidentissima volontà de' contraenti sia suggerita. Or la caducità, ch'è una tacita condizione, delle donazioni tra conjugi non risulta da una legge, e si vorrebbe dalla scuola francese indurla a via di argomenti e d'interpretazioni; ma noi per lo contrario conchiudiamo con Cujacio *si interpretationibus passim licet eam* (conditionem tacitam) *inducere, multa hominum negotia, multaque jura subverterentur.*

V. *Con quale atto può aver luogo la rivocazione* — La rivocazione può esser fatta espressamente o tacitamente.

In quanto alla rivocazione espressa, il codice non à stabilito alcuna formalità speciale, ed assimilando queste donazioni agli atti di ultima volontà, Grenier, n. 462 e Duranton, t. 9, n. 779 opinano che per rivocarsi debbonsi osservare le formalità prescritte dagli art. 990 e 991 per la rivocaziona de'testamenti. Noi preferiamo la contraria opinione di Delvinc., l. 3, tit. 4, nota 439, e di Toullier, t. 5, n. 923, i quali insegnano che anche un atto privato sottoscritto dal rivocante, e da lui non scritto interamente di proprio pugno, è sufficiente ad operare la rivocazione.

La rivocazione tacita può aver luogo con l'alienazione che il donante fa de'beni donati, se leghi la stessa cosa con testamento, art. 993, l. 12, C. *de donat. inter vir. et uxor.* La stessa legge 12 dichiara di esser tacitamente rivocata la donazione con la ipoteca cui fosse stata dal donante sottomessa la cosa donata; ma questa disposizione fu corretta con la novella 162, poichè presumeva fatta la ipoteca più per causa di necessità, che per animo di rivocare. Oggi dovrebbe nello stesso modo decidersi, applicando la disposizione dell'art. 974; Toullier. t. 5, n. 924; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 440.

(1) Non è nostro divisamento discorrere le vicende tutte della legislazione sugli effetti delle *seconde nozze*, poichè sarebbe un lavoro lungo e fuori proposito. Ci limiteremo adunque a trattare delle seconde nozze, sotto il rapporto delle donazioni fatte al conjuge da chi à figli da un precedente matrimonio, dividendo questa nota in 3 § Nel primo presenteremo la storia della legislazione in siffatta materia. Parleremo nel secondo delle persone che son comprese nella proibiziona contenuta nell'art. 1052; della nullità, a causa di questa proibizione, delle donazioni celate o fatte ad interposta persona. Nel terzo discorreremo delle persone che àn dritto a domandare la riduzione, della fissazione della quota di figlio che dovrà appartenere al conjuge donatario, e modo di procedere alla riduzione.

I.

Storia della legislazione sulle seconde nozze, in quanto alla riduzione delle donazioni.

I. I popoli antichi eran lontani dal restringere le seconde nozze, poichè favorendole volevano incoraggiare la popolazione. Da queste idee erau dominati gli antichi romani, ed abbiam veduto (t. 1, nota 1, p. 369 e 370) che non prima di Giustiniano furono definitivamente approvate le clausole di vedovanza apposte ne'testamenti. Non sembrava in vero cosa regolare che la vedove nel chiudere la tomba de'loro primi mariti, volassero a nuovi pegni ricche de'doni de'defunti mariti. Devesi la gloria di aver portato siffatta rivoluzione a'costumi degli uomini, alla indissolubilità o santità del matrimonio proclamata dalla religione cristiana: interdicendo la pluralità delle mogli, concentrando sopra un oggetto unico il sentimento vivo e profondo dell'amore, purificandolo in certo modo, la religione à perpetuato l'attaccamento de'conjugi al di là della tomba; la morte non à più separati esser ch'eransi uniti per sempre, ed i quali avevano la certezza di ritrovarsi in un'altra miglior vita.

È stata adunque la riunione delle idee religiose a mire di una sana politica, che fissarono l'attenzione degl'imperadori romani nel dettara limitazione della facoltà di donare a favore del secondo conjuge. Le vedove non conoscendo essere ricercate più pe'loro beni, che per le loro persone, abbandonano i loro beni a'loro nuovi mariti: e sotto pretesto e favore del matrimonio, fanno loro donazioni immense, mettono in obblio il dovere di natura verso i loro figli, dall'amore de' quali tanto n'è lungi ch'elle debbano allontanarsi per la morte de'loro padri, che, vedendoli destituiti del soccorso ed ajuto de' medesimi, elleno dovrebbero, con ogni mezzo, occuparsi del doppio ufizio di padre e di madre; dalle quali donazioni, oltre le querele e le scissure tra le madri ed i figli, ne segue la desolazione delle buone famiglie, e conseguentemente la diminuzione della forza dello stato pubblico.

1053. I conjugi non potranno indirettamente donarsi più di quello che loro è permesso dalle precedenti disposizioni.

Sarà nulla qualunque donazione, o *coverta* o fatta ad *interposta persona*.

V. gli art. 827, e 1440.

II. Passiam'ora a fare una rapida escursione degli espedienti presi dagl'imperatori romani per impedire gli esposti inconvenienti.

L'oggetto vero delle donazioni tra conjugi, in un primo matrimonio, è quello di vantaggiare la condizione del conjuge donatario, e de'figli nascituri da tale legittima unione. Sembrò una ingiustizia al legislatore, che a'figli del primo letto fossero tolti i beni donati dal loro genitore defunto al conjuge superstite, il quale con un nuovo imeneo ne arricchirebbe il novello sposo. La legge quindi 3, *foeminae* C. *de secundis nuptiis* di Graziano, di Valentiniano e di Teodosio, stabilì che le donazioni fatte a qualunque titolo dal primo conjuge, pel passaggio del conjuge superstite a seconde nozze, sieno convertite in un semplice usufrutto, e che la proprietà siane assicurata a'figli del primo letto, lasciando però alla madre la scelta di trasmettere questa proprietà a quello de'figli del primo letto ch'alla volesse eleggere. Ma Giustiniano con la novella 2, cap. 1, tolse alla madre questa ozione, e volle che i suoi figli ne profittassero egualmente.

È notevole che la citata legge *foemine* non riguardava che le donne, e limitavasi a consigliare agli uomini che avevano figli da un primo letto, di non passare a seconde nozze. Fu la legge *generaliter* 5, C. *de secundis nuptiis*, degl'imperadori Teodosio e Valentiniano, che assimilò la sorte degli uomini a quella delle donne, ed il capo 23 della novella 22, donde fu estratta l'autentica *lucrum*, tolse la scelta al padre, come la novella 2, capo 1, l'avea tolta alla madre, di eleggere tra i figli, quello al quale volean rimettere gli avvantaggi riservati: questi vantaggi dovean essere divisi egualmente tra i figli.

Ciò non pertanto gl'interessi de'figli non erano per anco in sicuro con siffatte leggi. Il voto della natura e della società chiama i figli alla successione de' loro genitori. Se il dritto lascia a'genitori la facoltà di disporre sino ad un certo punto de'loro beni, gli è perchè suppone la loro volontà scevra da passioni, suppone giuste le cause per cui si è disposto in pregiudizio de'propri figli; ma è pur vero, che quando si dispone dominato dalla passione delle seconde nozze, è a temersi che i genitori obliassero troppo facilmente i pegni della loro prime affezioni. In conseguenza gl'imperadori Leone ed Antemio con la famosa legge *hac edictali* Cod. *de secundis nuptiis*, proibirono a'padri ed alle madri che passassero a seconde nozze, di lasciare a qualunque titolo che fosse, a'loro secondi conjugi, una parte più forte de'loro beni che quella del figlio il quale prendesse meno nella loro successione. Eglino estesero la proibizione agli avoli ed alle avole, in favore de'figli o de'nipoti; e proibirono tutte le vie indirette con le quali la proibizione potess'essere elusa: *omni circumscriptione, si qua, per interpositam personam vel alio quocumque modo, fuerit excogitata, cessante.*—La legge in parola *hac edictali* à dato luogo a lunghi comentari, su di che è a vedersi Fachineo, lib. 3, *controv.*, a. 66; ed il nostro Odierna vi compilò un trattato, elevando sulla intelligenza di essa legge, cinquanta quistioni.

III. Il codice francese stabilì, nella materia che ci occupa, due disposizioni. La prima contenuta nell'art. 1094 intese stabilire la quota disponibile tra conjugi, allorchè il donante non lasciasse figli da un precedente matrimonio: ecco le parole del citato art.: « Lo » sposo, sia nel contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, potrà, nel caso in cui » non lasciasse nè figli nè discendenti da questi, disporre in favore dell'altro conjuge, del» la proprietà di tutto ciò di cui potrebbe disporre in favore di un estraneo, o potrà pure » lasciare l'usufrutto della totalità di quella porzione di cui la legge proibisce di disporre » in pregiudizio degli eredi.

» E nel caso in cui il conjuge donante lasciasse figli o discendenti di essi, potrà dona» re all'altro conjuge, o una quarta parte de'suoi beni in proprietà, ed una quarta in usu» frutto, o la metà di tutt'i suoi beni in usufrutto ».

Questo art. adunque menava alle seguenti conseguenze: 1.° Che quando il conjuge donante lasciava ascendenti, il dritto di riserva ad essi dovuto si limitava alla nuda proprietà soltanto; ciò che produceva l'inconveniente di vederli esposti al pericolo di non poter godere de'beni riservati, mentre per le presunzioni ordinarie della vita umana, il conjuge à più lunga vita dell'ascendente del donante: 2.° Che il conjuge lasciando figli dal matrimonio, o da altro posteriore, poteva disporre a favore del conjuge del quarto in proprietà e di un altro quarto in usufrutto, o della metà dell'usufrutto soltanto. Ma oggi che per le nostre *leggi civili* la quota disponibile è della metà, anche a favore degli estranei, non vi era ragione a vietare che al conjuge si donasse la metà. Quindi nelle nostre *leggi civili* si è soppresso l'art. 1094 del codice francese, che per le sue imperfezioni e per le quistioni che presentava, avea dato occasione a'dotti di chiederne la riforma.

1034. Saran considerate come fatte ad interposta persona le donazioni di

---

L'art. 1098 conservava le disposizione della l. *hac edictali*, ed è stato conservato nelle nostre *leggi civili* con l'art. 1052, come svilupperemo ne' § successivi.

II.

Delle persone che son comprese nella proibizione pronunziata dall'art. 1052; e della nullità, a causa di questa proibizione, delle donazioni celate e fatte per interposta persona.

I. La proibizione essendo fondata sul motivo che la legge non vuole che il conjuge il quale si rimarita, abbia pel suo nuovo sposo maggiore affezione che pe' figli nati dal precedente matrimonio, consegue che le persone alle quali la proibizione è fatta, sono, giusta l'art. 1052, gli uomini e le donne vedove che avendo *figli di altro matrimonio*, si rimaritano. Poco importa il numero de' figli che ànno da' loro precedenti matrimonii; poichè *non est sine liberis cui vel unus filius, unave filia est: haec enunciatio, HABET LIBEROS, NON HABET, semper plurativo nomine profertur;* l. 148, ff. *de V. S.*; e poco importa che i figli sieno in secondo o terzo grado, perciocchè sotto il nome di figli s'intendono anche i nipoti, l. 220 ff. *de V. S.*; art. 830; e d' altronde la legge *hac edictali* che à servito di base alla disposizione dell'art. in esame, estendeva la proibizione agli avoli ed a' bisavoli. Pothier, *du contr. de Mariage*, n. 535 e 536; Chabot, *quest. transit.*, p. 129, n. 2; Grenier, n. 679; Toullier, t. 5, n. 877; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 425.

Si è presentata la quistione, se la riduzione cessi, nel caso che i figli esistenti all' epoca delle seconde nozze fossero premorti al conjuge donante. E l'affermativa è conseguenza di due principî inconcussi di dritto. Il primo è che, non è la libertà de' vedovi che la legge à voluto restringere, non sono le seconde nozze in se stesse che à voluto punire; ma è unicamente in favore de' figli del primo letto che la riduzione è stata stabilita, così che la l. *foeminae* § 1, C. *de sec. nupt.* dichiarava cessata la causa della proibizione per la premorienza de' figli del primo letto. Il secondo è, che per fissare la quantità de' beni sopra i quali debb'essere presa la quota del figlio, bisogna attendere l'epoca dell'apertura della successione del donante, art. 837 e 1045. Or se all'epoca della morte del donante il figlio che à dritto alla riduzione non si trova esistente, non potrebb'essere ridotta la disposizione fatta al secondo conjuge. Fabro, Cod., tit. *de secundis nuptiis, def.* 16; Pothier, *contr. de Mariage*, n. 560; Grenier, n. 680; Toullier, t. 5, n. 878; Duranton, t. 9, n. 825.

II. *Delle disposizioni soggette a riduzione, e delle persone cui non è permesso di ricevere.*—Perchè la legge non fosse elusa, il novello sposo non dovea esser solo colpito dalla proibizione; si dovea comprendervi anche le persone le quali sarebbero riputate interposte. D'altronde non è permesso neanche di eludere la legge, con donazioni indirette o celate sotto la forma di un contratt'oneroso. Per il che dobbiamo alquanto fermarci a discorrere delle donazioni indirette, di quelle *celate* sotto la forma di un contratto oneroso, e delle persone reputate interposte.

Donazioni indirette.—Il primo comma dell'art. 1053 dichiara che i conjugi non potranno *indirettamente* donarsi più di quello che loro è permesso dalle precedenti disposizioni, ossia più della quota di quel figlio legittimo che prenderà di meno. Gli esempi che abbiamo dati nel t. 1, nota 8, pag. 318 e 319, di donazioni *indirette* fatte da un defunto al suo erede, e che debbono soggiacere alla collazione, sono applicabili alla materia di cui si tratta. Qui dobbiamo aggiungere, che le donazioni rimuneratorie sono soggette alla riduzione, per quanto segnalati sieno i servigi, ove non sieno valutabili in danaro; ma se possono esser valutati, se il donatario avesse potuto avere azione in giudizio, per dimandare il pagamento, la donazione non sarebbe riducibile se non per quello ch'eccedesse il valore dei servigi. Le stesse donazioni reciproche sono soggette a riduzione, poichè lo spirito della legge è quello di prevenire fino l'incertezze della perdita cui i figli del primo letto potrebbero essere esposti. Pothier, *contr. de Mariage*, n. 546; Grenier, n. 693; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 425.

Donazioni celate sotto la forma di un contratto oneroso.—Su di ciò è a vedersi ciò che abbiamo detto nel t. 1, nota 3, pag. 385. Qui aggiungiamo, che dall'avere il secondo comma dell'art. 1053 detto, *sarà NULLA qualunque donazione o coverta o fatta ad interposta persona*, mentre il primo comma dello stesso art. non dichiara *nulle* le donazioni *indirette*, gravi scrittori (Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 433; Grenier, n. 694; Toullier, t. 5, n. 901) àn creduto di trovare una distinzione nella legge; che cioè delle donazioni *indirette* è riducibile soltanto l'eccesso, e delle donazioni *celate* o fatte per mezzo d'*interposte persone*, non è riducibile l'eccesso, ma è *nulla* tutta la disposizione; e giustifica, secondo

uno de'conjugi a'figli, o ad uno de'figli dell'altro conjuge nati da un altro

V. gli art. 827, 1304 e 1306.

---

essi, questo rigore della legge, la necessità di punire colui che usa una finzione per donaro, più severamente di quello il quale dona troppo, ma apertamente. Ma questa distinzione non è stata ammessa dalla cassazione di Parigi con più arresti, essendosi giudicato di essere riducibili le donazioni *celate* sotto la forma di un contratto oneroso, e che il secondo comma dell'art. 1053 dichiarando la *nullità* della donazione, deve riferirsi al primo comma, val dire ch'è nulla la donazione, in quanto eccede la quota disponibile. Duranton, t. 9, n. 831 adotta la massima della cassazione, e noi la troviamo ragionevole. Imperciocchè la legge non pronunzia nullità senza un oggetto, ed intende certamente con la nullità pronunziata dal secondo comma dell'art. 1053, colpire della sua sanzione i vantaggi indiretti *fraudolenti*, ossia quelle donazioni ch'eccedono la quota che dall'art. 1052 è permessa di donare al conjuge. Or nel contratto di donazione celato o fatto per interposta persona vi è frode alla legge in quanto eccede la quota disponibile, ma in ciò che non eccede questa quota, in che la legge è offesa? *Utile per inutile non vitiatur.*

Interposizione di persone — Abbiamo visto nella p. 213, che anche la l. *hac edictali* vietava di donare per mezzo d'interposta persona: l'art. 1054 ripete la stessa disposizione che deriva da un principio generale di dritto, come diceva Cujacio nelle recitazioni solenni su detta legge, *generaliter in jure, quod per me non possum, nec per interpositam seu suppositam personam possum*; l. *aufertur*, § *quod a praeside*, ff. *de jure fisci*; l. 2, § 1, *de ad rer. ad. civ. pert.*; l. 3, § *non tantum*, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*; l. *ser.* § ult. ff. *de poenis*; l. *si his qui bon.* ff. *de aeq. hered.*; l. *et qui*, C. *de distr. pig.* L'art. 1054 presume di pieno dritto persone interposte; e questa presunzione per l'art. 1306 non ammette pruova in contrario, le seguenti persone:

1.° In primo luogo, le donazioni fatte a'figli del nuovo sposo, *nati da un altro matrimonio*, sono presunti di pieno dritto persone interposte. La proibizione quindi non colpisce i figli comuni, poichè l'affetto de'loro genitori è per essi un titolo personale valido ad escludere l'interposizione. Cujacio ne'comentari alla l. 6, C. *de secundis nuptiis* propose la quistione, *an poterit filio communi donare vel relinquere, non servato edicti modo, qui natus est ex secundo matrimonio?* E risolse la quistione affermativamente: la stessa dottrina fu seguita da'giureconsulti eruditi, come può vedersi in Fachineo, lib. 3, *controv.*, c. 66, in Gotofredo, *ad novell.* 22, *cap.* 48, *nota* 10; da'pratici, come in Odierna, in l. *Hac edictali*, q. 1, n. 20 e 50, Canecrio, p. 3, *var. resol.* c. 2, n. 197; ed adottata dal Sacro consiglio napoletano, come in de Franchis. dec. 435 e 583 con le note di de Luca. Gli scrittori moderni professano la stessa dottrina: Grenier, n. 586; Toullier, t. 5, n. 903; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 429; Duranton, t. 9, n. 833.

Eccettuati adunque i figli comuni, sono persone interposte i figli del conjuge donatario *nati da altro matrimonio*. E qui Duranton, t. 9, n. 834 fa osservare che i figli *naturali* del consorte donatario sono anche stimate persone interposte, e se l'art. 1054 si esprime « a'figli dell'altro conjuge *nati da un altro matrimonio* » non l'è che per eccettuare i figli comuni. E noi aggiungiamo che anche i figli adulterini o incestuosi, e gli adottivi del conjuge donatario sono a riputarsi persone interposte: v. l'art. 827, e nel t. 2, nota 3, p. 385 e 386.

2. Secondariamente l'art. 1054 reputa persone interposte, *i parenti* de'quali l'altro conjuge *fosse erede presuntivo* al tempo della donazione, *ancorchè quest'ultimo non sopravviva al suo parente donatario*. E quest'ultima disposizione non debbe intendersi ristrettivamente, ma solamente *explicative*; onde in qualunque modo avvenga che il conjuge non eredita, la donazione non debb'esser meno annullata. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 431; Duranton, t. 9, n. 835.

Essendo i parenti de'quali il conjuge fosse erede presuntivo al tempo della donazione presunti di pieno dritto persone interposte, si è promossa tra gli autori la quistione, se fatta una donazione all'avo del conjuge, il quale avesse il suo padre o la sua madre al tempo della donazione, così che il conjuge non sarebbe l'erede presuntivo dell'avo; debba questi di pieno dritto reputarsi persona interposta. Grenier, n. 687 e Toullier, t. 5, n. 903, si pronunziano per l'affermativa, e considerano tutti gli ascendenti del conjuge persone interposte. Ci sembra più ragionevole la contraria opinione professata da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 430, e da Duranton, t. 9, n. 832, poichè la legge non pronunzia la interposizione per causa soltanto della parentela, ma vuole altresì la circostanza che *fosse* il conjuge *erede presuntivo* del donatario: or nell'esistenza del padre, il conjuge non succede all'avo, art. 668 e 669. Può per altro provarsi con ogni genere di pruova la interposizione, e la circostanza di essere il donatario un ascendente del conjuge è un grave elemento da far presumere la interposizione.

Restano a farsi due osservazioni sull'art. 1054.

La prima è, che le persone di pieno dritto presunte interposte per avvantaggiare un no-

matrimonio; e quelle pure fatte dal donante a' parenti, de' quali l'altro con-

---

vello sposo, non possoa essere riguardate come tali, se non quando la donazione sia loro fatta vivente il nuovo sposo, a non dopo la sua marte: Grenier, n. 689; Toulliar, t. 5, n. 903.—Grenier non pertanto soggiunge, cho debbonsi eccettuare i casi di frode che potessero esser provati, come riguardo ad ogni altra persona io generale, se si avesse voluto far passare l'oggatto donato a'figli del seconda letto in pregiudizio di que'del primo: costoro potrebbero domandare la collazione. Noi non possiamo adottare questa teorica di Grenier, per la ragione che essendo merto il conjuga contro cui la proibiziona di ricevere è pronunziata, è cessata la causa finale della interposizione. La legge non vieta di donare la quota disponibila a'figli del secondo letto, art. 835, e per conseguente anche quando la donaziona fosse fatta collo scopo di far passare l'oggetto donata a'figli del secondo letto, non vediamo la ragione per cui noo possa donarsi mediatamente ciò che la legge non vieta di donarsi direttamente: vedi nel t. 1, nota 3, p. 385.

La seconda osservazione si è, che la donaziona fatta alle persone indicata dall'art. 1054 stabilisce una presunzione *juris et de jure* che non ammette pruava in contrario, art. 1306; ma se la donazione viene fatta a persona diversa, si può con ogni genere di pruera allegare la interposizione, e la froda dev'essere provata da chi l'allega: Pothiar, *cont. de mariage*, n. 542; Grenier, o. 688; Toullier, t. 5, o. 902.

III.

Delle persone che àn dritto a domandare la riduzione; della fissazione di quota di figlio che dovrà appartenere al conjuge donatario; e modo di procedervi.

1. *Delle persone ahe àn dritto a domandare la riduzione*—La riduzione è in questa materia un favore dalla legge introdotto pe'figli del primo letto. Se quindi essi premuoiono al conjuge donante, è cessata la causa della proibizione, come abbiamo veduto nel § 2; a per conseguente la donazione fatta al conjuga non potrebbe attaccarsi da'figli procreati col conjuge dooatario. Ma esercitandosi la riduzione da'figli del primo matrimonio, torna dessa a loro vaotaggio esclusivameote, o pure profittano della riduzione tutt'i figli da qualunque matrimoolo sian essi nati? Mentre la legge *hac edictali* 6, C. *de secundis nuptiis* sembrava non accordar dritto alla riduzione che à figli del primo letto, la legge *quoniam* 9, C. dello stesso titolo, emanata da Giustino, ordinava che i figli del secondo letto sarebbero ammessi alla divisione de' beni ridotti. Par far cessare la contrarietà di queste due leggi, il capo 27 della novella 22 ordinò, secondo l'interpetraziono di Cujacio, a di altri scrittori citati da Perezio, sul detto tit. del Codice, n. 17, che i soli figli del primo matrimonio dividerebbero l'eccesso delle donazioni fatte al seconda conjuge: altri giureconsulti però la pensávano diversamente, e sotto l'impero del codice bisogna decidere, che i figli nati dal conjuge cui la donazioos riducibile ara stata fatta, debbono partecipare al benaficio della riduzione, non cha quelli nati da precedenti matrimoni del donante. Non vi è differenza a fare tra i figli di uoo stesso padre o di ona stessa madre, e d'altronde l'incapacità in cui sarabbero i figli del secondo letto di partecipare alla riduzione, divarrebbe un avvantaggio necessario da parte del conjuge donante, a favore de'figli del primo letto, in pragiudizio di quelli dol secondo. Si opporrebbe invano, che non potendo i figli del secondo letto far ridurre la donazione, laddova al tempo della morte dello sposo donaote, tutt'i figli del precedente matrimonio fossere premorti, come poi possono essi profittare di una riduzione cha non può reclamarsi che nell'esistanza de'figli del primo latto? Imperciocchè non è nuovo io dritto cha si abbia per dritto di un altro, ciò che non si avrebbe avuto per dritto proprie; a che una persona a cui favore non si aprirebbe un'azione, può nondimeno profittara del beneficio dell'azione medesima quando è aperta, *nec est novum in jure ut quod quis ex personu sua non haberet, ex persona alterius habeat*, come si raccoglia dalla l. 3, § 11, ff. *de bonor. poss. cont. tab.* Quindi i figli del secondo letto possono, se que' del primo non agiscono o rinnunciano all'aziona di riduzione, esercitare la loro aziono che già è aperta in loro favore: se fosse altrimenti potrebbero vedersi spogliati de'loro dritti per effetto di convenzione secreta tra il donatario ed i figli del primo letto. Gli autori concordano su questo punto: Pothier, *du contr. du mariage*, n. 567; Grenier, n. 697; Chabot, *quest. transit.*, p. 139, n. 11; Toullier, t. 5, o. 879; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 425; Duranton, t. 9, n. 816 e 817.

Un altro punto essenzialo è di sapere, se la qualità di erede sia necessaria a'figli, per domandaro la riduzione. Pothier, *du contr. de mariage*, n. 568; Grenirr, n. 706, e Chabot. *quest. transit.*, p. 140, n. 12, sostengono la negativa. L'opinione contraria abbracciata da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, oota 425; Toullier, t. 5, n. 880 e Duranton, t. 9, o.

juge fosse erede presuntivo al tempo della donazione, ancorchè quest'ultimo

---

n. 818 ci sembra preferibile, poichè la riduzione non può che seguire le regole generali stabilite dagli art. 837 e seg.: vedi nel t. 1, nota 3, p. 320, e nota 2, pag. 401.

Un'ultima osservazione si è, che i creditori del donante non possono domandare, nè profittare della riduzione, art. 838. Grenier, n. 706; Toullier, t. 5, n. 881; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 425; Duranton, t. 9, n. 819.

II. *Della fissazione della quota che deve appartenere al conjuge donatario* — La donazione fatta al nuovo sposo, non può eccedere *una quota di figlio legittimo che prenderà il meno*, dice l'art. 1052: le quali parole debbono essere intese nel senso, che la fissazione della minima parte di figlio deve sempre esser equivalente a quella che spetta ad uno dei figli ridotto alla sua quota di riserva, sia del primo o del secondo letto, poichè la legge non distingue. Così quando il conjuge donante à ridotta la parte di uno de'figli al di sotto della legittima, se questi vuol restringersi al dono o al legato, senza pretendere supplemento, la donazione del secondo conjuge non debb'essere ridotta al valore di questo dono, ma den portarsi sino alla concorrenza della legittima che questo figlio avrebbe dritto di pretendere. Allorchè l'art. 1052 riduce gli avvantaggi fatti al secondo conjuge, alla parte del figlio che prende il meno, ciò s'intende per la parte che questo figlio à dritto di avere, e non per quella di cui compiacesi di contentarsi, l. 6 e ult., C. *de secundis nuptiis*; Fabro Cod. tit. *de secundis nup.*, def. 3; Pothier *contrac. de mariage*, n. 256; Grenier n. 696 e 702; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 425; Duranton, t. 9, n. 822.

Ma come si farà per pervenire ad una fissazione esatta della quota di figlio? Due casi possono presentarsi: o la donazione al nuovo conjuge è stata di un corpo certo, o di una quota di figlio. Nel primo caso, se l'oggetto particolare ch'è stato donato, non equivalga ad una parte di figlio, il conjuge donatario dee limitarvisi, poichè al conjuge donante è vietato di donar più, e non già meno della quota di figlio. Nel secondo caso, il conjuge donatario dee prendere una porzione, considerandola come un figlio dippiù. Se dunque vi fossero quattro figli, egli avrebbe un quinto; e perciò se si donasse al nuovo sposo un terzo, egli è evidente che questo sposo avrebbe più che ciascuno de'figli, e per conseguenza più che una quota di figlio. Ma è notevole che per l'art. 1098 del codice francese, il conjuge donatario non poteva mai avere più del quarto, così che, allorchè non vi era che un figlio del primo letto, il conjuge donatario non poteva avere la metà. Nel nostro art. 1052 non essendosi ritenuta la limitazione che faceva l'art. 1098 del codice francese con le parole, *e senza che in nessun caso queste donazioni possono eccedere il quarto de' beni*, la legislazione nostra è ritornata all'antica.

Possono intertanto presentarsi due quistioni relative alla fissazione della quota di figlio, quando la donazione non è di un corpo certo e determinato, ma di una quota di figlio (*). La prima si è quella di vedere, come debbe fissarsi la quota di figlio, quando il conjuge donante non lascia che figli di figli premorti. La seconda consiste nel sapere se premorendo i figli del primo letto al donante, il conjuge donatario debbe conservare o pur no la totalità della disposizione.

Intorno alla prima quistione, abbiamo veduto nella pag. 214 di questa nota, che per le prime parole dell'art. 1052, *avendo figli di altro matrimonio*, debbonsi intendere anche i nipoti del donante predefunto; ma non bisogna conchiudere con ciò, che quando il defunto lascia nipoti, la divisione debba farsi per capi: sarebbe questa idea contraria a tutti i principi: i nipoti non rappresentano che il loro padre predefunto, art. 661, e quindi la parte del conjuge donatario non si regola sopra quella che prende uno di questi nipoti nella suddivisione, ma sulla parte di una delle stirpi la meno prendente: i discendenti non si contano che per quel figlio che rappresentano, art. 832. Grenier, n. 704; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 425; Toullier, t. 5, n. 877; Duranton, t. 9, n. 823.

Per ciò che riguarda la seconda quistione, bisogna distinguere. O la disposizione è della totalità de' beni; o essa è di un oggetto particolare e determinato; o è di una parte di figlio. Ne'primi due casi, la disposizione debb'essere eseguita senza restrizione, poichè la premorienza de'figli del primo letto fa cessare la causa della riduzione; e se vi sono figli

---

(*) La donazione di una quota di figlio contiene molto delle *istituzioni contrattuali*, quanto che il dritto che ne risulterà pel donatario dovrà esser fissato all' epoca della morte del donante, non potendosi prima di allora determinare una porzione di figlio. Quindi è dessa caduca se il donatario premuoja al donante; Pothier, n. 596; Chabot, *quest. transit.* p. 147, n. 19; Toullier, t. 5, n. 889; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 425; Grenier, n. 684; Duranton, t. 9, n. 846.

È poi controvertito se i figli del donatario conjuge si reputano sostituiti volgarmente. Per l'affermativa si è pronunziato Grenier, n. 684; ma ragionando con la guida dell'art. 1048, si sono pronunziati per la negativa Toullier, t. 5, n. 890; Duranton, t. 9, n. 847.

non sopravviva al suo parente donatario.

---

comuni nati dal secondo matrimonio, costoro su' beni donati possono esercitare azione in quanto è unicamente offesa la riserva legale. Ma nel terzo caso, l'antica giurisprudenza presentava delle difficoltà. Una donna, per esempio, avendo quattro figli del suo primo letto, passi ad un secondo matrimonio, e doni al suo nuovo marito una quota uguale all'uno dei suoi figli: venendo a morire questi figli prima della madre, quale sarà la quota spettante al secondo marito? Lebrun opinava che il marito doveva avere la totalità; ma Ricard, n. 1281 sosteneva, che donata una quota di figlio, il donatario non poteva pretendere, per la premorienza de' figli, che la metà de' beni. Questo parere era fondato sopra ciò che l'espressione *parte*, quando è indeterminata, si prende nel linguaggio ordinario, per la *metà*, secondo la l. 164, ff. *de verbor. signif.* — Sotto l'impero del codice, i giureconsulti francesi hanno risoluto la quistione in parola, nel senso che la disposizione in favore del secondo sposo sarebbe riducibile al quarto, fondandosi sulle espressioni dell'art. 1098, *e senza che, IN VERUN CASO, queste donazioni possono eccedere IL QUARTO de' beni:* così decidono Grenier, n. 683; Toullier, t. 5, n. 887; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 425; Duranton, t. 9, n. 814. — Noi però opiniamo, che la risoluzione de' moderni giureconsulti francesi non possa adattarsi alle nostre *leggi civili* che han coll' art. 1052 cangiata la legislazione francese, che limitava in ogni caso la donazione al secondo conjuge, al *quarto* de' beni. — Ci sembra perciò di doversi seguire la dottrina di Ricard seguita da Pothier *contr. de Mariage*, n. 598; imperciocchè non può dirsi che il secondo conjuge debba avere la totalità, non avendo il donante inteso disporre a suo favore che di una *parte* uguale all'uno de' suoi figli, il che fa supporre il numero de' figli all'epoca della morte, ed il che per conseguenza dipende da un avvenimento. Or la premorienza de' figli riduce tutta la difficoltà a determinare la *parte*, e si deve credere che il donante abbia inteso donare la parte più considerevole di cui la legge gli permetteva disporre, ed è appunto la metà. Ciò coincide con la regola attinta dalla *l. Titius* 83, ff. *de legatis 1.°*, la quale prescrive che, quando siasi donata una porzione de' suoi beni, senza designarla particolarmente, questa porzione è la metà; col linguaggio legale che la parte si prende per la metà, l. 164, ff. *de V. S.*; e con la regola stabilita nell'art. 829, che la quota disponibile è della metà.

III. *Se il divieto di donare al secondo conjuge più della quota di figlio deve prendersi in senso collettivo, ossia se colpisce i diversi conjugi che successivamente contrassero matrimonio col donante.* — Dall'editto delle *seconde nozze* pubblicato in Francia nel 1560 si deduceva, che il conjuge che passava a seconde nozze ed indi a terze non poteva donare a tutti insieme più di una porzione di figlio; e la stessa intelligenza danno all'art. 1098 (1052) Grenier, n. 712; Toullier, t. 5, n. 882; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 425; Chabot, *quest. transit.*, p. 129, n. 3. Ma Duranton, t. 9, n. 804, ha impugnato questa dottrina per la ragione, che la legge vieta di donare al nuovo conjuge più della quota di figlio, ma contraendo il donante un terzo matrimonio, la donazione fatta al terzo conjuge di una quota di figlio non è vietata, quando con la terza e quarta donazione non si oltrepassa la quota disponibile ordinaria. Noi volentieri ci uniformiamo a quest'ultima opinione, sì perchè il testo dell'art. 1052 l'è favorevole, sì perchè la limitazione di donare più del quarto non è stata ritenuta nel nostro art. 1052; così che rimane il divieto di donare a ciascun conjuge più della quota di figlio, ma la donazione al secondo conjuge della quota di figlio non impedisce di donare un'altra quota al terzo conjuge, se con quest'ultima donazione non è offesa la riserva de' figli.

IV. *Modo di procedere alla riduzione.* — Tutto ciò che si è detto nel t. precedente, comentando gli art. 837 a 847, sulla natura, effetti della riduzione, composizione della massa ereditaria per determinare il valore de' beni, è applicabile alla riduzione di cui qui è parola. — Dobbiamo soltanto esaminare, se fatta la riduzione, il conjuge donatario dovesse anche dividere co' figli, la quantità di cui la donazione eccedeva la quota del figlio il meno prendente. Alcuni antichi autori si pronunziarono per l'affermativa, sul motivo che la legge non avea voluto che il conjuge avesse meno del figlio meno prendente, ma solamente che non avesse più: or non entrando il conjuge nella divisione della quantità ridotta, il secondo conjuge si troverebbe aver meno del figlio meno prendente. Non pertanto l'opinione contraria stabilita con solidi ragionamenti da Pothier, *contr. de mariage*, n. 594, è stata seguita da Chabot, *quest. transit.*, p. 141, n. 13 e da Grenier, n. 708; quantunque venisse contraddetta da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 425.

TITOLO III.

DE' CONTRATTI, O DELLE OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI IN GENERALE (1).

CAPITOLO I.

Disposizioni preliminari.

1055. Il *contratto* è una convenzione colla quale una o più persone si ob-

---

(1) Nelle di già trattate parti del codice civile, la condizione politica e morale dello Stato si è avuta in mira dal legislatore nel dettare le leggi in esse contenute. Ma nella parte che riguarda i contratti, ramo immenso della legislazione civile, non à potuto proclamare una volontà particolare, indipendente dalle regole comuni agli altri popoli; perciocchè le convenzioni sono le immagini vive de' bisogni de' popoli, appartengono essenzialmente al dritto delle genti, la loro validità è intrinseca e dipende da quelle leggi generali che la ragione à data a tutti gli uomini come regole del loro interesso comune.

I romani scrissero questa verità nelle loro leggi, e le copiose dottrine contenute nelle diverse parti del corpo del dritto, àn servito di base alle legislazioni novelle. Bisognava però raccogliere le regole generali che convengono a tutte le specie di contratti particolari, che possono essere così numerosi, così vari quanto gli oggetti sopra i quali si estendono gli usi ed il commercio della società; e Domat, e più particolarmente Pothier, col suo immortale *trattato delle obbligazioni*, ebbero la gloria di eseguire questo magnifico lavoro, che à servito di guida a' compilatori del Codice civile nella redazione del titolo in disamina. — Trattandosi di una materia immensa, sulla quale dagli antichi a nuovi autori si sono scritti vasti trattati, noi nelle osservazioni a' rispettivi articoli ci limiteremo ad accennare i principî e le quistioni importanti. Se non che, ci piace riferire l'eloquente squarcio del discorso di Bigot-Preameneu, dal quale si raccoglie quali sieno i principî generali che si è avuto in mira di raccogliere e d'imprimervi l'autorità della legge, non che i fonti da' quali si sono attinti.

L'oratore si espresse così:

« Il titolo del codice civile che à per oggetto i contratti e le obbligazioni convenzionali in generale, offre il quadro de' rapporti i più complicati degli uomini in società. Le obbligazioni convenzionali si rinnovano ogni giorno, ad ogni istante. Ma tale è l'ordine ammirabile della natura, che non v'è d'uopo, per regolare tutti questi rapporti, che di uniformarsi a' principî che stanno nella ragione e nel cuore di tutti gli uomini. Fu là, fu nella equità, fu nella coscienza che i romani trovarono quell' ammasso di dottrine che renderà immortale la loro legislazione.

» Aver previsto il più gran numero delle convenzioni alle quali dà luogo lo stato degli uomini in società, aver bilanciati tutt' i motivi di decisione fra gl' interessi i più opposti ed i più complicati, aver dissipata la maggior parte di quella nebbia di cui sovente volte si trova avvolta l'equità, aver riunito tutto ciò che la morale e la filosofia ànno di più sublime e di più savio; tali sono i travagli riuniti in questo immenso e prezioso deposito, che non cesserà di meritarsi il rispetto degli uomini, deposito che contribuirà alla civilizzazione del mondo intero, deposito nel quale tutte le nazioni civilizzate si rallegrano di ritrovarvi la RAGIONE SCRITTA.

» Sarebbe difficile il lusingarsi che si possa ancora far nuovi progressi in questa parte di scienza legislativa. Se è suscettibile di qualche perfezione, lo è applicandolo un metodo che la rendi più facile a quelli che si dedicano a questo studio, e mediante il quale, l'uso possa divenire familiare a quelli che per dirigere la loro condotta, vorrebbero conoscerne le principali regole.

» I Giureconsulti che sotto Giustiniano raccolsero il Digesto e compilarono le Instituta, riconobbero quanto sarebbe utile di riunire i principî che avevano dettato l'infinito numero di decisioni di cui si trova composto il Digesto.

» Essi riunirono alla fine di questa grande collezione, e sotto i due titoli *de verborum significatione*, *et de regulis juris* un grandissimo numero di proposizioni che, per la loro precisione, e per la frequente loro applicazione, sono della maggiore utilità: ma non sono esse classificate per ordine di materia; non presentano su ogni parte del dritto delle sufficienti nozioni; ve ne sono pur molte che è difficile conciliarle e spiegarle.

» Le Instituta sono, come le precedenti opere, degne di maggiori elogi, ma spiace, e soprat-

V. gli art. 1081, 1090 e 1096.

bligano verso una o più persone a dare, a fare, o a non fare qualche cosa (1).

---

tutto nella materia delle *obbligazioni e de' contratti*, di non trovarvi degli elementi abbastanza compiuti. L'oggetto di utilità che vi si proponeva non fu interamente digerito.

» Il Digesto à d' altronde un inconveniente in ciò, che delle risposte date da' giureconsulti o dagl' imperadori su fatti particolari, furono messe al numero di regole generali, mentre che le risoluzioni potevano sovente volte dipendere da particolari circostanze; mentre che era notorio che durante un tal dato tempo, i giureconsulti furono divisi nel sistema della dottrina, i cui risultati non potevano conciliarsi.

» Gli autori del progetto attuale del codice ànno creduto, che sarebbe un rendere servigio alla società se si levasse dal deposito delle leggi romane un seguito di regole, che riunite formassero un corpo di dottrina elementare, avendo nel tempo stesso la precisione e l'autorità della legge.

» Questa è un'opera che nell'ultimo secolo i più celebri giureconsulti delle diverse parti di Europa ànno bramata e disposta mediante immensi travagli. Di già questo voto fu realizzato da vari governi. La Francia mette sotto questo rapporto fra le opere più perfette quelle di Domat e di Pothier.

» Ma era pur necessario di scegliere fra queste immense compilazioni, i principj i più fecondi in conseguenze. Bisognava pure far cessare i dubbi che non erano ancora insorti su vari punti d'importanza, e che avendo dato luogo a diversi esami di giurisprudenza facevano temere che non vi fosse uniformità in quella parte di legislazione che n'è la più suscettibile.

» Ma qui bisogna dichiarare che nel cercare di compiere questo oggetto, non s' intese di arrestare e distorre l' abbondante sorgente di ricchezze che si dovette sempre cercare nel diritto romano. Non si attenderà all'autorità della legge civile della Francia, ma piuttosto a quella che impera su tutt' i popoli. La ragione è la loro legge comune. Ella è una fiaccola il cui lume ci segue spontaneamente. Sarebbero mal intese le disposizioni del codice civile relative a'contratti, se si riguardassero altrimenti che regole elementari di equità, le cui ramificazioni si trovano nelle leggi romane. Là trovansi gli sviluppamenti della scienza del giusto e dell'ingiusto; là devono attignere que'che vorranno farvi de'progressi, ed in generale tutti coloro che saranno obbligati alla difesa o all' esecuzione delle leggi raccolte nel Codice francese.

» Il piano generale della divisione di questi titoli relativamente a'contratti è quello che già da gran tempo è tracciato, e nel medesimo tempo il più semplice e più metodico.

» I contratti sia che abbiano una denominazione propria, sia che non l' abbiano, sono soggetti a delle regole generali: queste regole sono l' oggetto del titolo del quale, o legislatori, vado ad esporvene i motivi.

» Si sono comprese sotto i titoli relativi a certi contratti, le regole che loro sono particolari, e si sono riservate per le leggi commerciali quelle che concernono specialmente questo genere di transazioni.

» Si cercò di rinchiudere in un piccolo spazio, e per evitarne l'oscurità o la confusione, le regole che sono comuni a'contratti, ed alla obbligazioni convenzionali in generale. Ecco le basi di tutto l' edifizio. Bisognava che malgrado la sua immensità fosse facile abbracciarne l'assieme.

» Classificare le obbligazioni, dichiarare quali sieno le condizioni essenziali per la loro validità, quali debbono esserne gli effetti, quali sieno le principali modificazioni, in quante maniere esse si estinguono, come si può provare ch'esse sieno state create o soddisfatte, questo è l'ordine nel quale vengono naturalmente ad essere disposti i principj che nella loro applicazione a' diversi contratti sono i meno suscettibili di eccezioni ». — Locré, 6, pag. 147, n. 1 a 6.

(1) 1. Egli è a proposito di osservare preliminarmente, che presso i romani si distinguevo il *patto* dal *contratto*. Il primo non era protetto che dalla legge naturale, e rimaneva perciò confidato unicamente alla buona fede delle parti. Il secondo produceva azione civile. L'origine di questa divisione era particolare al dritto civile de'romani, ed il giureconsulto Merillo osserva sul proposito che « i romani non avevan accordata alcun'azione per » l'esecuzione de'patti semplici, *nuda*, perchè non avevano munito di sanzionale legale che » le sole promesse contenute in un contratto. Non avevano imaginata alcuna formola che » li rendesse obbligatori, perchè pensavano che se le parti avessero avuto l'intenzione di » ligarsi, avrebbero ricorso alla stipulazione, la quale era una forma più sicura per consa» crare la loro volontà; e che se avean trascurato d'impiegarla, mostravan perciò di aver » voluto fare un atto simulato. Del resto colui che si rifiutava all'esecuzione del patto che » avea formato, era risguardato come un uomo di mala fede, ed i patti dovean essere ri» spettati ». — Per conoscere il dettaglio delle diverse specie di patti, può consultarsi Cuja-

cio sulla l. 7, ff. *de pactis*, Vinnio, *tract. de pactis*, c.x; Pothier, *pandette*, tit. *de pactis*; Einnecio *recit.*, § 774 a 778.

Da tal differenza dorivava anche la divisione de'contratti del *dritto delle genti, del dritto civile, di stretto dritto, di buona fede, di nominati, d'innominati.* Siffatta distinzione dei patti e de'contratti, e delle diverse specie di contratti non era fondata sull'equità naturale, e perchè speciale al dritto civile de'romani, i glosatori del dritto canonico *ex cap. 1. de pactis* insegnarono che i patti nudi dovevano per dritto canonico produrre obbligazione; e secondo questa dottrina cominciò nel foro ecclesiastico a giudicarsi; e l'esempio del foro ecclesiastico passò nel foro civile, come è comprovato il Cardinal de Luca *de credito*, *dis.* 74. In somma le leggi romane, sulla distinzione tra patti e contratti, caddero di autorità nel regno e ne'paesi inciviliti di Europa. Cujacio ibid.; Perezio Cod. tit. *de pactis*, n. 25; Voet, *ad pandectas*, tit. *de pactis*, n. 9; Giacomo de Bellis, *ad* l. 7, ff. *de pactis*.—I compilatori adunque del codice civile si sono ragionevolmente allontanati dalle disposizioni del dritto romano, in quanto alla distinzione tra *patto e contratto*, ed in quanto alla riferita divisione de'contratti (*): i giureconsulti moderni fan plauso a questi principj sanzionati dal

(*) Giova qui riferire l'eloquente squarcio del discorso del sig. Bigot-Preaméneu, per corroborare un punto fondamentale di dritto.

« La divisione delle obbligazioni nella forma in cui si presenta, varia in molti punti da quella che si era introdotta nel dritto romano. Questa differenza esige qualche spiegazione.

« Le convenzioni che possono essere moltiplicate e variate all'infinito, per tal motivo non potrebbero essere tutte previste e regolate dalla legge; frattanto la legge sola aveva presso i romani un'autorità coercitiva. Così definivano eglino le obbligazioni: JURIS *vinculum quo necessitate astringimur alicujus rei solvendae* SECUNDUM NOSTRAE CIVITATIS JURA; Inst. tit. *de obligat.*, princ.

« Gli autori della legge delle dodici tavole temerono di moltiplicare le liti e di turbare la pubblica tranquillità, se si avesse voluto esigere rigorosamente l'esecuzione di tutte le convenzioni. Ebbero inoltre molta confidenza nella buona fede de'cittadini, onde ciascun individuo fosse giudice proprio: eccettuarono solo que'contratti che, più frequenti, più importanti, più necessari all'ordine sociale non dovevan essere impunemente violati.

« Tali contratti furono specificati dalla legge, e furono distinti sotto il nome di contratti *nominati*. *Est contractuum nominatorum origo quibus legum romanarum conditores vim astringendi dederunt sub certo nomine, quo veluti signo secernerentur ab aliis quibus eadem vis tributa non est.*

« Ben presto si fece risentire l'inevitabile ed il più disgustoso inconveniente, cioè la civilizzazione: i rapporti degli uomini tra loro si moltiplicarono: invano Numa Pompilio nel Campidoglio, alla Fedeltà, avea dedicato un tempio presso quello di Giove. Quel religioso culto non potè frenare la mala fede, ed il silenzio delle leggi gli lasciò prendere un libero e funesto predominio.

« A bella prima la voce de' giureconsulti, sostenuta dalla pubblica opinione, si fece sentire affinchè la esecuzione della convenzioni potesse venir eseguita, quando esse fossero compite da una delle parti; *ne alias contingeret contra naturalem aequitatem, unum cum alterius jactura et detrimento locupletorem fieri.*

« Fu allora che si volle comprendere sotto generali espressioni, e regolare con comuni principj le obbligazioni che, non essendo motivate, specialmente nelle leggi, eran in generale chiamati *contratti innominati*. Si trovò che ogni genere di contratto si riduceva a quelle formole *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.*

« Frattanto l'intervento della legge per costringere una delle parti a compiere l'obbligo suo, non avendo luogo che allorchè l'altra parte l'avea eseguito, ciò non bastava ancora per far trionfare la buona fede. Non v'era che un sol mezzo di conservarla, quello di rendere obbligatori i contratti dal momento ch'eran formati, e prim'anche che fossero dall'una, o dall'altra delle parti eseguiti. I principj della romana legislazione non si dedicarono alla perfezione, che quando fu stabilito che i contratti avranno fra le parti il valore stesso della legge.

« Ma nel passaggio di uno stato all'altro di questa legislazione, non vi furono abolizioni abbastanza generali, o abbastanza precise degli antichi usi, e questa fu la causa principale delle difficoltà che presenta lo studio delle leggi romane.

« Ne'primi tempi, delle formole furono prescritte onde distinguere i contratti: senza tali formole, l'atto era nullo e l'azione giudiziaria non era ammessa.

« Quanto per gli uomini di legge dette formole erano una scienza utile, altrettanto era per loro oscura.

« Appio Claudio, console nel 446, credette prevenire questi abusi nel far pubblicare le formole sotto il titolo di CODICE FLAVIANO, prendendo il nome da Flavio suo segretario, da cui furono compilate. Sembrava che questa misura non servisse che a perpetuare il loro uso. Non fu abolito detto codice che sotto Costantino. Queste sono nojose sottigliezze di cui abbonda moltissimo il dritto romano.

« L'autorità de'primi magistrati, e l'organizzazione de'tribunali furono pure ostacoli, per far divenire uniforme il corso della giustizia rispetto a'contratti. Il giudice che interpetrava le convenzioni, sottentrava alla legge; e tale prerogativa non poteva nella romana costituzione appartenere che al primo magistrato. Questa fu una delle cause che fece nell'anno 387 creare un Pretore per incaricarlo del dipartimento della giustizia, sino allora esercitata da'consoli. Era obbligato di uniformarsi alle leggi; ma in tutto quello ch'esse non avevano disposto, egli aveva assoluto potere. Esercitava la sua giurisdizione sia rendendo da sè solo, e col mezzo de'suoi assessori i giudizj che si chiamavano *decreti*, sia rimettendo le parti dinanzi a'giudici che in alcuni casi eran obbligati di conformarsi alle formole ch'egli prescriveva, ed allora le azioni si chiamavano *stricti juris*, ed in altri casi potevano giudicare dietro l'orme dell'equità; e tali azioni si chiamavano *bonae fidei.*

V. gli art. 1137, 1374, 1379, 1295, 1434.

1056. Il contratto è *sinallagmatico* o *bilaterale*, quando i contraenti si

---

codice: Toullier, t. 6, n. 13 e seg.; Duranton, t. 10, n. 56 e seg.—Toullier, ibid. n. 16 crede per altro riconoscersi semplici patti ne' seguenti due atti: 1.° le donazioni che non contengono la menzione espressa dell'accettazione, non producono azione per inosservanza di formalità, quantunque la convenzione esistesse, art. 856; 2.° le convenzioni sinallagmatiche in iscrittura privata, non redatta con le prescrizioni dell'art. 1279; ma Duranton, t. 10, n. 64, ritiene che questa assimilazione non è esatta: noi non ci fermiamo su questa discettazione, perchè di niuna utilità nella pratica.

II. Passiamo ora ad esaminare la definizione che l'art. 1055 dà del *contratto* — *È una convenzione colla quale una o più persone*. La legge romana definiva la convenzione: *duorum vel plurium in idem placitum consensus*, l. 1, § 2, ff. *de pactis*. Non si può supporre convenzione, senza il concorso di due volontà, e la parola convenzione per essere generalissima comprende tutt'i contratti, tutt'i patti; e perciò energicamente diceva il § 3, della l. 1, ff. *de pactis*: *CONVENTIONIS verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi, transigendique causa, consentiunt qui inter se agunt*.—La *pollicitazione* quindi contiene idee veramente opposte a quelle della convenzione; poichè nelle convenzioni è essenziale il concorso di due o di più persone in una medesima cosa, e la *pollicitazione*, all'opposto, non è che la promessa non accettata che una persona faccia ad un'altra: *pollicitatio est solius offerentis promissum*; l. 3, ff. *de pollicitationibus*. Oggi quindi non vi sono più pollicitazioni obbligatorie, e colui che à fatto questa promessa può ritrattarsene sino a che non è stata accettata da colui cui è stata fatta; perciocchè non può esservi obbligazione dalla mia parte, senza concorrervi la volontà di colui cui è promesso di trasferire un dritto. Pothier, *obligat.*, n. 4; Toullier, t. 6, n. 24; Duranton, t. 5, n. 52 e 53.

Dalla convenzione deriva una obbligazione: *si obbligano*, dice l'art. 1055. L'obbligazione è un dovere al quale non si può sfuggire: la legge lo chiama un ligame di dritto, *vinculum juris*. Se fosse permesso di cangiare di volontà, nessuna certezza si avrebbe nel commercio degli uomini, donde la massima, *contractus sunt ab initio voluntatis ex post facto necessitatis*, l. 25, C. Da ciò consegue che le convenzioni che contengono una promessa, non possono costringere all'adempimento, che quando contengono l'intenzione *di obbligarsi*: l'intenzione di non obbligarsi può rilevarsi dalle circostanze, o dalla qualità di colui che promette, o di colui al quale la promessa è fatta. Per esempio: quando un padre promette a suo figlio che studia le legge, di concedergli nelle vacanze un viaggio di divertimento nel caso che faccia profitto nello studio, egli è evidente, che facendo questa promessa, non intende contrarre verso suo figlio una vera obbligazione. La convenzione adunque prende il nome di contratto quando l'obbligazione è tale, che la parte interessata può esigerne giudiziariamente l'adempimento. Pothier, *obligat*, n. 3, Toullier, t. 6, n. 8 e 9; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 7; Duranton, t. 10, n. 9, 11, 12, 13 e 14.

Verso una o più persone — Se due persone debbono concorrere alla convenzione, può avvenire che reciprocamente o solamente una delle due si obblighino. La obbligazione è reciproca ne' contratti, per esempio, di vendita, di locazione, di società. Per lo contrario, nel prestito, non avvi se non colui che à ricevuto il danaro o la cosa, il quale rimanga obbligato. L'altra parte a nulla è tenuta; ed era non pertanto necessario ch'ella intervenisse nella convenzione, perciocchè senza di ciò il danaro o la cosa che se le debbe restituire, non sarebbe uscita dalle sue mani che con un furto.

In fine si soggiunge che la convenzione è per *dare, fare o non fare qualche cosa*. È intorno a questi tre punti che in generale si aggirano tutte le convenzioni.

«Ciascuno Pretore faceva affiggere, appena preso possesso della sua carica, un editto col quale dichiarava il modo con cui amministrerebbe la giustizia.

«Sotto il regno e gli ordini di Adriano, il giureconsulto Giuliano fece l'estratto di tutti questi editti, e compose quello che sotto il titolo di *Editto perpetuo* servì in progresso di norma.

«Tale autorità de' Pretori eguale a quella della legge in tutto ciò che la legge non avea previsto, il rinnovamento annuale di que' magistrati, e la differenza ch'esisteva nelle loro cognizioni e ne' loro principî, furono altrettanti motivi, che si erano opposti all'uniformità delle decisioni.

«In guisa tale le leggi romane relative a' contratti, ci giunsero imbarazzate da innumerevoli formole e distinzioni. I semplici patti, le stipulazioni, i contratti, vi formano tante classi separate. Le obbligazioni sono o civili o pretorie: le pretorie si suddividono ancora.

«I motivi che in Roma introdussero e vi mantennero tali formole e tali distinzioni, non v'esistendo in Francia, i contratti non furono qui calcolati che sotto que' rapporti che nascono dalla loro origine, e fin d'allora si potè dividerli in piccol numero di classi. *(Qui l'oratore ripete gli art.* 1102 e 1007 *del codice francese, uniformi agli art.* 1056 *a* 1061 *delle leggi civili — Indi continua).*

«Tale divisione facile a comprendersi, e che racchiude ogni specie di contratti, era necessario di collocarla alla testa di queste titolo onde far conoscere, che il codice rigetta, o risguarda come inutili tutte le altre distinzioni, o divisioni stabilite dalle leggi romane; ciò ad un tratto è un punto di dottrina, e di legislazione ».—Locré, 6, p. 141 e 149, n. 7.

obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri (1).

1057. È *unilaterale*, quando una o più persone si obbligano verso una o più persone, senza che per parte di queste ultime siavi alcuna obbligazione.

1058. È *commutativo*, quando ciascuna parte si obbliga a dare o a fare una cosa che si riguarda come l'equivalente di ciò che le si dà, o di ciò che si fa per essa (2).

V. gli art. 1487, 1548.

È contratto *aleatorio*, quando l'equivalente consiste nell'avventurare tanto da una parte, che dall'altra, il guadagno o la perdita ad un avvenimento incerto (3).

V. gli art. 1836 e seg.

1059. Il contratto *di beneficenza* è quello in cui una delle parti procura all'altra un vantaggio meramente gratuito (4).

V. gli art. 814, 1746, 1787, 1856.

III. *Delle tre cose che debbonsi distinguere in ogni contratto*—Cujacio non distingueva ne' contratti che le cose che ne costituiscono l'*essenza*, o quelle che sono loro *accidentali*. Ma è più esatta la distinzione che ne fecero molti giureconsulti del secolo decimosettimo: essi distinguevano ne' contratti tre proprietà caratteristiche; quelle cioè che ne costituiscono l'essenza, quelle che solamente sono della sua natura, e quelle che le sono puramente accidentali.

Sono cose *essenziali* al contratto, quelle senza le quali il contratto non può sussistere. Così è essenziale al contratto di vendita, che vi sia una cosa che si vende, ed un prezzo pel quale sia venduta. Sono solamente *della natura* del contratto quelle, che, senza parteciparne dell'essenza, ne fanno parte, quantunque i contraenti non si sieno spiegati. Desse differiscono dalle cose essenziali in ciò, che il contratto può senza di esse sussistere, e che possono essere escluse per convenzione delle parti: differiscono dalle cose accidentali, in ciò che sono sottintese nel contratto, senza che sieno state espressamente convenute. Così, p. e., nel contratto di vendita, la garentia cui è tenuto il venditore, è della natura del contratto, perchè vi è sottintesa, art. 1489: possono pure le parti escluderla con un patto, art. 1490.—Sono *accidentali* al contratto, quelle che non partecipandone della natura, vi sono contenute per qualche clausola particolare aggiunta al medesimo. Per esempio, il tempo ed il luogo convenuto pel pagamento, il modo del pagamento, sono cose accidentali al contratto, perchè non vi sono contenute che per clausole aggiunte al contratto medesimo. Pothier, n. 8.

(1) Chiamasi bilaterale il contratto che produce *ultro citroque obligationem, quem Graeci* SYNALLAGMA *vocant, veluti emptionem venditionem, locationem, condutionem, societatem*, l. 19, ff. *de verbor. signif.*

Gli scrittori suddividono i contratti sinallagmatici o bilaterali, in sinallagmatici *perfettamente* ed *imperfettamente*. Sono sinallagmatici perfettamente que' contratti, ne' quali l'obbligazione di ciascuno contraente è egualmente principale: tali sono i contratti di vendita, di locazione, di società. Sono meno perfettamente sinallagmatici i contratti, allorchè non avvi che una delle obbligazioni che sia essenziale, ossia che una delle parti sia obbligata in principale: tali sono i contratti di mandato, di deposito, di comodato, di pegno. In questi contratti l'obbligazione che contrae il mandatario di rendere conto della sua commissione, quella che contrae il depositario, il comodatario o il creditore, di restituire la cosa che loro è stata data a titolo di deposito, di comodato, di pegno, sono le sole obbligazioni principali di questi contratti: quelle che contrae il mandante, il deponente, il comodante, il debitore che à dato la cosa in pegno, non sono che obbligazioni incidenti, che danno luogo, posteriormente al contratto, all'indennità delle spese fatte dall'altra parte per l'esecuzione del mandato, o per la conservazione della cosa data a titolo di comodato, di deposito, di pegno. E questa suddivisione è tanto più necessaria a farsi, in quanto che la disposizione dell' art. 1279 sulle formalità delle scritture private che contengono convenzioni sinallagmatiche non è applicabile che alle convenzioni sinallagmatiche perfette. Pothier, *obligat*, n. 9; Toullier, t. 6, n. 19; Delvinc., l. 3, tit. 5, nota 20; Duranton, t. 10, n. 68.

(2) Tal è il contratto di vendita, in cui il venditore dee dare la cosa venduta e riceverne per equivalente il prezzo; e viceversa il compratore dee pagare il prezzo, e riceversi la cosa vendutagli.

(3) Sono *aleatori* il giuoco, la scommessa, il contratto di assicurazione, la rendita vitalizia: art. 1836.

(4) Tali sono la donazione, il comodato, il mutuo, il deposito, il mandato.

Partecipano poi della natura de' contratti *commutativi e di beneficenza*, que' contratti ne' quali colui che benefica esige dall'altra qualche cosa inferiore al valore della cosa do-

1060. Il contratto *a titolo oneroso* è quello che soggetta ciascuna delle parti a dare o a fare qualche cosa. (1).

1061. I contratti, sia che abbiano una propria denominazione, o che non l'abbiano, sono sottoposti a regole generali le quali formano l'oggetto del presente titolo. (2).

---

nata: questi contratti chiamansi *misti*, e tali sono le donazioni a titolo oneroso. Pothier, *obligat.*, n. 18.

(1) I. Tali sono i contratti di vendita, permuta, locazione, di costituzione di rendita, di società ec.

II. Il codice passa sotto silenzio la divisione de' contratti in *principali* ed *accessori*, e quella in *solenni* e *meno solenni:* divisione implicitamente ritenuta ne' diversi titoli de' contratti particolari.

I contratti *principali* sono quelli, il cui unico scopo sta nella propria loro esecuzione. Sono *accessori* que' che non intervengono se non per assicurare o modificare l'eseguimento di altri contratti. Tali sono la fideiussione, ed il pegno. Pothier, *obligat.*, n. 14.

I contratti *solenni* sono quelli che il dritto civile à sottoposti a certe formalità, senza le quali non ricevono esecuzione. I contratti che ànno fra noi forme prescritte, sono il contratto di matrimonio, art. 1342, la donazione tra vivi, art. 856, le lettera di cambio, art. 109, *leg. di eccez.*—Tutte la altre convenzioni, purchè nulla abbiano in sè che le vizii, sono dalla leggè protette, quantunque conformi alle sole regole dell'equità naturale, e quantunque non sottoposte ad alcuna formalità. Se non che, quando la convenzione eccede i 50 ducati, ed una delle parti la contraddica, la legge, per non dare luogo agli abusi, vieta la pruova testimoniale, art. 1295.

III. Il codice neanche parla della distinzione ammessa dal dritto romano nella l. 1, § 1, ff. *de obligat.*, tra i contratti *consensuali* ed i contratti *reali*. I primi eran quelli che si perfezionavano col solo consenso delle parti, e ve n'erano cinque specie: la vendita, la locazione, l'enfiteusi (*), la società ed il mandato. I secondi eran quelli che si perfezionavano con la tradizione della cosa: tali erano il mutuo, il comodato, il pegno, il deposito, l. 1, § 2 a 6, ff. *de obligat.* Pothier, *obligat.*, n. 10 ammette nel nuovo dritto questa distinzione, ma non essendosi dal codice ripetuta, può dirsi che si è col silenzio rigettata, come raccogliesi anche da' motivi riferiti per questa parte nella pag. 221. Quindi oggi tutte le obbligazioni legalmente formate sono obbligatorie col solo consenso delle parti, art. 1088; e per conseguente se taluno obbligasi di dare danaro a mutuo, è presso di noi obbligato a mantenere la promessa solo che l'abbia data, ed anche senza che segua la tradizione della cosa mutuata; a segno tale che se, il mutuante, malgrado la promessa, non vuol consegnare le somme mutuata, è tenuto de' danni-interessi verso il mutuatario, art. 1336. Toullier, t. 6, n. 17; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 23; Duranton, t. 10, n. 81 e 82.

(2) Il dritto romano faceva distinzione tra i contratti *nominati* ed *innominati*. I primi avevano un *nome* ed una causa, e producevano in conseguenza un'azione dello stesso nome. Gl'*innominati* avevano una causa, ma non un *nome;* e perciò non accordavano un'azione della stessa denominazione, ma un'azione generale nata dal fatto, *in factum*, o un'azione con una formola creata dalla circostanza particolare, *praescriptis verbis actio*. Vedi Gotofredo nota a alla rubrica del titolo del digesto *de praescriptis verbis*.

I contratti innominati eran collocati sotto quattro classi, che i giureconsulti romani esprimevano nella l. 5, ff. *de praescriptis verbis*, con queste frasi: *do ut des, facio ut facias; facio ut des; do ut facias*. «Io vi do una cosa per riceverne da voi un'altra; io mi obbligo verso di voi ad un fatto, affinchè voi v'impegniate ad un altro per me; io tratto per voi, affinchè voi me ne diate una ricompensa; io fo un dono per un'azione alla quale voi vi obbligate per me ».

Siffatta distinzione tra i contratti nominati ed innominati era importantissima nel dritto romano, dove per riuscire nella domanda, bisognava che la specie di azione la quale s'intentava fosse ben quella che si applicava alla specie di convenzione avvenuta, e che tale azione fosse convenuta secondo la formola che l'era propria: questo dritto fu osservato sino a Costantino che abrogò le formole delle azioni con la l. 1, C. *de formulis et impetrationibus actio-*

(*) Secondo la l. 2, ff. *de obligationibus*, l'enfiteusi non è annoverata fra i contratti consensuali; ma seguendo Einneccio ne' comentari a Vinnio (tit. *de obligat.* in princ. Inst.) per tale debbe considerarsi il contratto di enfiteusi. *Quibus* (egli dice) *quatuor speciebus quinta accedit, emphyteuticus contractus, qui cum olim inter emptionem, venditionem et locationem conductionem fluctuaret, singularis contractus naturam sortitus est a Zenone imperatore;* Inst. p. 3, *de loc. et conduct.;* l. 1, C. *de jure Emphyteut.*

Le regole particolari a taluni contratti vengono stabilite sotto i titoli relativi a ciascun di essi; e le regole particolari alle convenzioni commerciali vengono stabilite dalle leggi relative al commercio.

CAPITOLO II.

Delle condizioni essenziali per render valide le convenzioni (1).

1062. Quattro condizioni sono essenziali perchè sia valida una convenzione:

il consenso di colui che si obbliga (2);

la capacità di contrattare;

V. l'art. 1063.

V. gli art. 1077 e seg.

---

num sublatis; ma la distinziono tra i contratti *nominati* ed *innominati* rimase in vigore, e le conseguenze n'erano importantissime. Tra l'altro è notevole, che ne'contratti innominati davasi luogo al pentimento, o poteva una delle parti retrocedere dal contratto, quando nessun danno ne avveniva all'altra parte, l. 5, ff. *de condict. caus. dat. caus. non secut.;* ed inoltre non si poteva costringere l'obbligato a dare la cosa promessa, sibbene l'*id quod interest*, l. 5, § 1, 2 a 5, ff. *de praescriptis verbis*; ma tali principi di dritto non vennero accolti dalla giurisprudenza di Europa e nel regno, come può, tra gli altri, vedersi in Voet, *ad pandectas*, tit. *de praescript. verbis*; n. 2; Gunrano, *dritto del regno*, lib. 3, tit. 8, § 4.

La distinzione di cui abbiamo parlato de'contratti *nominati* ed *innominati* è implicitamente distrutta dall'art. 1061. La ragione si è, che la distinzione anzidetta essendo derivata dalle formole prescritte per le azioni dall'antico dritto romano, oggi le azioni non ànno una denominazione speciale. Aggiungasi che la giurisprudenza antica avendo ne'contratti innominati renduta obbligatoria la promessa, anche prima di avere una delle parti adempito dal canto suo, oggi il codice à sublimato in legge questo principio dell'antica giurisprudenza, val dire che tutte le convenzioni sono obbligatorie dal momento in cui sono state fatte.

Debbesi impertanto osservare con Duranton, t. 10, n. 92, che sotto l'impero del codice, la distinzione de'contratti nominati ed innominati, può essere utile, circa gli effetti della convenzione, in questo senso: i contratti nominati, cioè regolati dalla legge, come sarebbero i contratti di vendita, di locazione, di società ec., sono sottoposti alle regole generali delle convenzioni, ed inoltre alle regole speciali che loro sono proprie. I contratti imprevediti sono anche sotto l'impero delle regole generali delle convenzioni, ma le disposizioni sancite ne'titoli de'contratti speciali non sono applicabili, che per regola di analogia.

(1) Tra le condizioni essenziali alla validità delle convenzioni, non si è annoverata la forma dell'atto, perciocchè qui le convenzioni non sono considerate che astrattamente, nella loro intrinseca natura; e la forma non è richiesta che per provare le convenzioni legalmente formate: *fiunt scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem*, l. 4, ff. *de pignor*. Da ciò nasce che l'*atto* può esser validamente formato, ed intanto la convenzione in esso contenuta può impugnarsi per lesione, per dolo, violenza, per errore; e viceversa la *convenzione* può contenere tutti gli elementi essenziali richiesti dall'art. 1062, ed impertanto l'atto può esser nullo per vizio di forma. Toullier, t. 6, n. 23.

(2) Questa compilazione è viziosa, poichè è necessario non solo il *consenso di colui che si obbliga*, ma altresì quello della parte a cui vantaggio l'obbligazione è formata: *consensus dicitur cum duorum voluntates in unum concurrunt, utroque sciente et approbante*, dice Conano, lib. 6, cap. 1, n. 14.—*Consentire est in unam sententiam concurrere*, l. 1, § *conventiones* ff. *de pactis*. Quindi le offerte non accettate sono ritrattabili, e se le offerte sono state fatte a più persone, alcune delle quali abbiano accettato ed altre no, possono essere ritrattate, se dalle circostanze apparisca che siono state fatte con intenzione che non fossero valide, se non mercè l'accettazione di tutte le parti. Toullier, t. 6, n. 28.

È notevole però, che l'accettazione non dev'essere essenzialmente simultanea all'offerta, per la validità della convenzione: l'accettazione può essere fatta con atto separato, argomento dell'art. 856, e posteriormente all'offerta: molte convenzioni, massime in materia di commercio, si formano con corrispondenza. Ma tra gli antichi giureconsulti era una grave controversia, se l'accettazione dovea essere interamente conforme all'offerta; così che concedendo una delle parti più o meno di ciò che l'altra non domanda, è o no necessaria una particolare accettazione? Vi chiedo, per esempio, 1000 ducati, e voi me ne promettete 500; ovvero ve ne domando 500 e voi me ne promettete 1000; l'obbligazione è perfetta

V. l' art. 1080. V. l' art. 1085.

la certezza della cosa che forma la materia della convenzione;
una causa lecita per obbligarsi.

SEZIONE I.

Del consenso.

V. gli art. 807, 1071, 1072, 1258, 307, 1310, 1350.

1063. Il consenso non è valido, se è stato dato per errore, se fu estorto con violenza, o fu carpito con dolo.

1064. L'errore non produce la nullità della convenzione, se non quando cade sopra la sostanza stessa della cosa che ne forma l'oggetto.

V. gli art. 154, 1071, 1258, 1925.

Non produce nullità, quando cade soltanto sulla persona colla quale s'intende di contrattare; purchè la considerazione della persona non sia la causa principale della convenzione (1).

---

senza una nuova accettazione? Ulpiano e Paolo pensavano che l'obbligaziono era contratta, senza nuov'accettazione, l. 1, § 4 e l. 83, § 3, ff. *de V. O.* Cajo (*Fragm.*, l. 2, tit. 9, § 10) però era di contraria opinione, e la costui opinione fu sublimata in leggo da Giustiniano nel § 5, Inst. *de inut. stipulationibus*. Nel riferiro Toullier, t. 6, n. 27 le autorità degli antichi scrittori che avevano adottata l'opinione di Ulpiano e Paolo, si attiene alla dottrina di Cajo rispettata da Tommasio e da'giureconsulti che ànno sottoposto la dottrina delle leggi romane all'esamo della critica.

Come può essere espresso il consenso—Propriamente parlando, il consenso si manifesta con le parole (l. 2, § *voluntatem*, ff. *solut. matrim.*; Lexicon Calvini, v. *consensus*); così cho, giusta la l. 142, ff. *de reg. jur.*, chi tace come non nega, così non confessa, *qui tacit non utique fatetur*, *sed tamen verum est eum non negare*. Ciò non pertanto in giurisprudenza è regola costante, che il consenso può manifestarsi non solo espressamonte, ma anche tacitamento: Gotofredo, sulla l. 142, ff. *de reg. jur.* La leggo dà esempl di accettaziono tacita nell'adizione di eredità, art. 695; nella tacita riconduzione degli affitti, art. 1584, 1605, 1622; nella ratifica degli atti nulli, mediante la esecuzione volontaria, art. 1292. Bene spesso inoltre il consenso si desume dal silenzio, quando chi essendo presente non contraddice, l. 7, in fin., ff. *de decur.*, l. 1, C. *si filius lib.*; quando chi è richiesto ad un atto, non presenta alcun'opposizione, l. 12, ff. *de sponsalibus*. Da ciò i due proverbi rammentati da Cujacio (*observat.*, lib. 16, cap. 40), l'uno, *qui tacet consentire videtur;* e l'altro, *nam silentium esse consensum, docet proverbium*—In siffatta materia in somma si è scritto molto, massime sulla distinzione tra gli atti giudiziali ed estragiudiziali, ritenendosi da molti giureconsulti essere il silenzio un tacito consenso negli atti giudiziali; e negli atti stragiudiziali non essero il consenso a riputarsi un tacito consenso, cho nelle coso soltanto cho giovano, e per dissenso nelle cose che nuocciono; e perciò saviamente disse Donello, *quoniam de eo varie scriptum est in jure, et ita ut nullus locus magis dissimilia responsa habere videatur*. Veggasi Giacomo Gotofredo nel trattato *de reg. jur.*, sulla l. 142 det. tit.; Wisembecio, su detta legge, e Donello, t. 3, p. 510, n. 15, 16, e 17, e p. 697, 698 e seg.; t. 8, p. 579, 580, e seg. ediz. di Lucca; Toullier, t. 6, n. 33 e 34.

(1) È una massima triviale che l'errore vizia il consenso: *non videntur qui errant consentire*; l. 116, § 2, ff. *de reg. jur.*; l. 57, ff. *de obligat.*

L'errore è di *dritto* o di *fatto*, secondo che taluno s'inganni o circa la disposizione di una legge o su di un fatto. Abbiamo veduto nel t. 1, nota alla pag. 358, che nelle convenzioni l'errore di dritto vizia il consenso; e qui non dobbiamo che accennare i principi sull'errore di fatto, che può cadere o sulla cosa, o sulla persona, o sul motivo.

I. *Errore sulla cosa*—L'errore che cade sull'oggetto stesso della convenzione ne produce la nullità, e principalmente in tal caso è vero dire con la leggo, *non videntur qui errant consentire*. Così, se taluno intende vendermi una cosa, ed io intendo riceverla a titolo di prestito, o in dono, non si forma tra lui e me nè donazione, nè vendita, nè prestito: se taluno intende vendermi o donarmi una data cosa, ed io intendo comprare o ricevere da lui un'altra cosa, non vi è nè vendita nè donazione: se taluno intende vendermi una cosa per un dato prezzo, ed io intendo comprarla per un prezzo minore, non vi è vendita (*);

(*) Sarebbe diversamente se voi aveste inteso vendermi per un prezzo inferiore a quello pel quale io credeva comprare; in tal caso la vendita sussisterebbe pel prezzo che voi aveste avuto in pensiero, perciocchè allora io sarei considerato avervi acconsentito, secondo la massima che *il più racchiude il meno*: l. 25, ff. *locati*. Voet, tit. *de contrah. empt.* n. 5.

1065. La violenza usata contra colui che ha contratta l'obbligazione, è

---

poichè in tutti questi casi, non vi è consenso, l. 9. ff. *de contrahenda emptione*; § 23, Inst. *de inut. stipulat.*, l. 57, ff. *de obligat.* Domat, lib. 1, tit. 1, sez. 5, n. 10; Pothier, *obligat.*, n. 17.

Non vi è similmente consenso, quando l'errore invece di cadere sulla cosa stessa, cade sulla qualità della cosa che ne forma la sostanza, ed all'uopo gli antichi giureconsulti stabilirono la distinzione tra errore *sostanziale* ed *accidentale*: questa distinzione è scolpitamente ritenuta nell'art. 1064, che pronunzia la nullità della convenzione quando l'*errore cade sopra la sostanza stessa della cosa che ne forma l'oggetto*. Ma la difficoltà è di sapere quando l'errore debba essere considerato come essenziale, o quando debba riguardarsi solamente come accidentale. Se la parola *sostanza* venisse presa nel senso puramente filosofico, questa parola limiterebbe la nullità a ben pochi casi; dovrebbe intendersi soltanto delle condizioni costitutive degli elementi essenziali della cosa; ciò ch'escluderebbe quasi sempre la materia, le qualità accidentali ed i vizî apparenti o occulti. Ma l'errore sulla materia e su certe qualità è spesso una causa di nullità. Volendo, p. e., comprare un pajo di fibbie di oro, compro da voi un pajo di fibbie che mi presentate come di oro, quantunque esse non sieno che di ottone dorato; l'errore nel quale io era, distrugge il mio consenso e la nostra convenzione, quand'anche voi non aveste alcun disegno d'ingannarmi, poichè io ho voluto comperare delle fibbie di oro, e non già fibbie di ottone dorato; l. 41, § 1, ff. *de trahenda emptione* (*) Possono moltiplicarsi gli esempî, su di che è a vedersi Voet, tit. *de contrahenda emptione*, n. 5—In somma dipende dalle circostanze di fatto il conoscere quale sia stata l'intenzione de' contraenti, e delle volte si considera come sostanziale l'errore che consiste nell'ignoranza di vizî propriamente detti, come nel caso dell'art. 1487. Domat, lib. 1, tit. 2, sez. 8, n. 12; Pothier, *obligat.*, n. 18; Toullier, t. 6, n. 55 e 57; Duranton, t. 10, n. 114.

Consegue dalle cose dette, che l'errore che cade sopra qualche qualità accidentale della cosa non annulla la convenzione; solamente esso dà luogo in taluni casi all'azione redibitoria, o a quella che dicesi in dritto *quanti minoris*, vale a dire, in diminuzione di prezzo; l. 11, § 2, ff. *de contrahenda empt.* Per esempio, voi mi vendete un libro cattivo che io credeva buono; mi vendete un cavallo che io credeva sano, e che ciò non ostante è attaccato dalla bolsaggine; mi vendete una prateria che contiene una quantità di erbe velenose, e che perciò può recar danno a' miei bestiami; in tutti questi casi ed altri simili, la vendita non sarà nulla, ma io potrò intentare contro di voi l'azione redibitoria, art. 1487 a 1490. Ne' casi poi in cui i vizi fossero apparenti, il compratore non può dolersi dell'errore, art. 1488: Toullier, t. 6, n. 56; Duranton, t. 9, n. 116—In una parola, le qualità accidentali della cosa non influiscono alla validità della convenzione, e Paolo nella l. 10, ff. *de contr. empt.* (alla quale non è contraria la l. 41, § 5, dello stesso titolo, come à dimostrato Voet, ibid., n. 6) diceva, che quando si è venduto un oggetto d'oro, purchè sia oro quello che si è effettivamente consegnato, la vendita è valida, quantunque sia di una qualità inferiore a quella che il compratore avea creduto di acquistare. Ma se le parti ànno preveduto e definito nel contratto le qualità della cosa che forma l'oggetto della convenzione, l'errore sulle qualità accidentali vizia certamente il consenso: *si emptor*, dice Wolfio (*jus. nat.* parte 4, c. 4, § 1057), *vel expresse indicet, vel aliunde id appareat, quod ob qualitatem quamdam rem emat, alias eam non empturus, et circa eam qualitatem erretur, emptio valida non est. Exempl. grat.: Si tu emis vinum vetus et venditor tibi tradere vult recens, emptio valida non est: supponitur nimirum recens pro veteri venditum fuisse. Alias nimirum non erraretur circa qualitatem, sed venditor tibi tradere vellet rem aliam, quam emisti, qui casus utique a praesente diversus est. Idem valet, si aurum deterius fuerit, aut argentum, quam venditor putabat, aut si servus iners veneat pro artifice, si vestimenta interpolata emantur pro novis; equidem non ignoro propositionem praesentem non convenire cum placitis jurisconsultorum romanorum, quae vulgo defendantur a doctoribus juris civilis: sed rectius statuit Molina ea cum recta ratione non convenire, perperam ab aliis ideo reprehensus.*

II. *Errore sulla persona*—Decide il 2.° comma dell'art. 1064, che l'errore *non produce*

(*) Avvertasi però, che se si trattasse di un contratto di tal natura che importasse sempre alla parte stipulante di aver la cosa qual è, l'errore sulla qualità sostanziale di questa cosa, non vizierebbe la convenzione. Così, allorquando credendo ricever da voi a titolo di donazione, un pajo di fibbie di oro, io ne riceva uno di ottone dorato, la donazione non cessa di reggere, l. 22, ff. *de verb. obligat.* Similmente, se un debitore dà in pegno al suo creditore un pezzo di metallo dorato che costui prende per oro, il contratto di pegno che si è formato tra le parti, non riceve alcun nocumento da questo errore; l. 1, § 2, ff. *de pignoratia actione.* Voet, ibid.

V. gli art. 807, 1071, 1258, 1925, 2039.

causa di nullità, ancorchè sia stata usata da una terza persona diversa da quella, a vantaggio di cui si è fatta la convenzione (1).

1066. Vi è violenza, quando sia tale da fare impressione sopra una persona ragionevole, e possa inspirarle il timore di esporre la persona propria o le sue facoltà ad un male considerevole e presente.

Si riguardano in questa materia l'età, il sesso e la condizione delle persone (2).

1067. La violenza è causa di nullità di contratto, non solamente quando sia stata usata verso uno de' contraenti, ma ancora quando sia stata usata verso il marito, la moglie, i discendenti o gli ascendenti di lui (3).

1068. Il solo timore riverenziale verso il padre, la madre o altri ascendenti, senza che vi sia concorsa una violenza di fatto, non basta per annullare il contratto.

V. gli art. 812, 1071, 1258, 1292.

1069. Un contratto non può essere più impugnato per causa di violenza, se, quella cessata, sia stato approvato espressamente o tacitamente, o si lasci trascorrere il tempo stabilito dalla legge per impugnarlo.

V. gli art. 807, 1071, 1258, 1252, 1327, 1925.

1070. Il dolo è causa di nullità della convenzione, quando i rigiri praticati da uno de' contraenti sieno evidentemente tali che senza di essi l'altra parte non avrebbe contrattato.

Il dolo non si presume, ma dee provarsi (4).

---

nullità, quando cade soltanto sulla PERSONA *colla quale s'intende di contrattare; purchè la considerazione della persona non sia la causa principale della convenzione*. Nel matrimonio, le persone sono sempre l'oggetto principale del contratto, e quindi l'errore sulla persona vizia il consenso, art. 154. Negli altri contratti, bisogna distinguere que' a titolo gratuito, da quo' a titolo oneroso. Ne' primi, la persona si considera l'oggetto principale della convenziono, e quindi l'errore sulla persona annulla la convenzione. L'erroro perciò nella persona del donatario, vizia il consenso; e per la stessa ragione, nel prestito gratuito e nel comodato, se la considerazione della persona del mutuatario o dol comodatario è stata la causa principalo dol prestito, e l'errore sulla persona è provato, il prestito è risoluto, ed il comodstario, non può, scoverto l'errore, continuare nel godimento della cosa prestata: Pothier, *obligat.*, n. 19; Toullier, t. 6, n. 51.

Quando trattasi di contratti a titolo ooeroso, la leggn riguarda la *persona* come la causa principale del contratto, nello transazioni, art. 1925. Negli altri contratti, come in quei di vendits o di locazioone di cose, la persona non è quasi mai presa in principale considerazione, ammeno che il contrario non apparisse dall fatto. Ne' lavori di arte, e nelle società è dominante la considerazione delle persone. Pothier, *obligat.* n. 19; Toullier, t. 6, n. 49 a 53; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 37; Duranton, t. 10, n. 119 a 185.

III. *Errore sul motivo* — Ne parleremo nella nota 4, p. 237.

(1) La ragione per cui la violeoza usata da una persooa diversa da quella a vantaggio di cui si è fatta la convcozione, anche senza complicità da parte di quest'ultima, rende nulla la convenzione, si è che il consenso non è libero, da chiunque sia ussta la violenza; e se la parte fosse obbligata di provare che la persona a cui favore fu contratta l'obbligazione, sia stata l'autore o complice della violenza, potrebbe avvenire che per difetto di questa prova dovrebbe eseguirsi uoa obbligazione estorta da persone che di notte o travestito ànno costretto a sottoscrivero l'obbligazione. E perciò che Ulpiano nella l. 14, § 3, ff. *quod metus causa* diceva che la violenza à in sè qualche cosa di occulto per rapporto a coloro che l'esercitano, onde ne segue che non si è nell'obbligo di farli conoscere: *nam cum* METUS HABEAT IN SE IGNORANTIAM, *merito quis non adstringitur ut designet quis metum vel vim adhibuit; sufficit enim hoc docere metum sibi illatum.*

(2) Si raccoglie dalle discussioni del Consiglio di Stato di Francia e da' motivi (Locré, t. 6, p. 76, n. 7, e p. 150, n. 11.) che le disposizioni del dritto romano ànno servito di base alla compilazione degli art. 1065 a 1069. Quindi può riscootrarsi in questa materia il titolo del digesto *quod metus causa*, quello del codice, *quod vi metusque causa*, ed i comentari di Voet e Perezio. Vedi anche Pothier, *obligat.*, n. 21 a 27; Toullier, t. 6, n. 76 a 85; Merlin, questioni di dritto, v. *crainte*; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, note 39 a 42; Duranton, t. 10, n. 132 a 164.

(3) V. la nota precedente.

(4) Vedi il titolo del digesto *de dolo malo* col comentario di Voet; Pothier *obligat.*, n.

1071. La convenzione contratta per errore, violenza o dolo, non è nulla *ipso jure;* ma soltanto dà luogo ad agire per la nullità o rescissione, ne'casi e ne'modi spiegati nella sezione VII del capitolo V del presente titolo (1).

V. gli art. 1258 e seg.

1072. La lesione vizia le convenzioni soltanto in taluni contratti e per riguardo a talune persone, siccome verrà dichiarato nella medesima sezione.

V. gli art. 807, 1259, 1260, 1267, 1520, 1726, 1744, 1924.

1073. Niuno in generale può obbligarsi o stipulare nel suo proprio nome, fuorchè per se medesimo (2).

V. gli art. 1118, 1189.

---

28 a 32; Toullier, t. 6, n. 86 a 95; Merlin, *rep.*, v. *dol* ed *Escroquerie;* Duranton, t. 10, n. 165 a 199; Chardon, *dol e fraude*.

(1) Per dritto romano, il consenso estorto per violenza non rendeva nullo *ipso jure* il contratto, ma sussisteva fino a che non era rescisso dal magistrato, l. 1, l. ult. § 1 e 2, ff. *quod metus causa;* § 1, Inst. *de except.*; Voet. tit. *quod metus causa*, n. 2.—In quanto al dolo, facevasi distinzione tra i contratti di buona fede e quo'di stretto dritto. Ne'contratti di buona fede, se il dolo *causam dabat contractui*, la nullità avea luogo *ipso jure*, nè la parte avea bisogno di restituzione; e se il dolo *inciderit contractui* (*) non era pronunziata la nullità, ma si dava luogo all'azione *BONAE FIDEI ex illo ipso contractu*. Ne'contratti di stretto dritto, *sive dolus causam dederit negotio, sive inciderit*, il contratto non era *ipso jure* nullo, ma rescindibile: Voet, tit. *de dolo malo*, n. 3, 4 e 6—Oggi, sia che il consenso è viziato dall'errore, sia dal dolo, o dalla violenza, il contratto esiste, e conserva la stessa forza come se fosse legittimo, sino a che queste eccezioni non sieno provocate in giudizio da chi le oppone. Che perciò, il dolo, l'errore e la violenza non danno che azione per rescissione, e quest'azione va noverata fra quelle che in legge si chiamano *in rem scriptae*, giacchè viene intentata anche contro i terzi possessori de' beni alienati per effetto della violenza, del timore o dell'errore, facendo giudicare preliminarmente sulla rescissione del contratto con la parte contraente, o possono altresì chiamarsi nel medesimo giudizio i terzi per sentir dichiarare comune con essi la sentenza. In quanto a'mobili però, come il possesso vale per titolo, art. 2185, possono i terzi essere molestati nel tempo o ne'casi da esso art. preveduti. Duranton, t. 10, n. 131 e 158.

(2) E questo un principio importante di dritto, dettato dalla ragione, *che niuno può contrattare se non per ciò che lo interessa;* e veniva enunciato nel dritto romano in molti modi nelle massime di dritto: — *Alteri stipulari nemo potest;* Inst. § 18, *de inutilibus stipulat.* — *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando, quisquam alteri cavere potest;* l. 73, § ult. ff. *de reg. jur.* — *Qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit;* § 20, Inst. *de inutil. stipulat.*—*Alius pro alio promittens daturum facturumve, non obligatur; nam de se quemque promittere oportet;* l. 83, princ. ff. *de V. O.*—E Pothier (*obligat.*, n. 54) sviluppa così le ragioni di questo principio. « Quando io ho stipulato con voi qualche cosa per un terzo, è nulla la con-
» venzione, perchè voi non contraete alcun'obbligazione nè verso di lui, nè verso di me.
» Non contraete obbligazione verso del terzo, pel principio che le convenzioni non posso-
» no aver effetto che tra le parti contraenti; perciò colui che non è parte, non può acqui-
» starvi alcun dritto, come vedremo da qui a poco. Non restate neanche obbligato civil-
» mente con me, perchè ciò che ò stipulato con voi per un altro, essendo qualche cosa
» alla quale non ò alcun interesse valutabile, non posso perciò soffrire danno dall'ina-
» dempimento della vostra promessa, che potete impunemente violare. Ora niente è più
» contrario alle obbligazioni civili, quanto il poterle impunemente inadempire. Questo è
» appunto quello che Ulpiano à voluto intendere col dire: *Alteri stipulari nemo potest,*
» *inventae sunt enim obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest;*
» *coeterum ut alii detur, nihil interest mea;* l. 38, § 17, ff. *de V. O.* ».

Ma vi sono vari casi ne'quali noi stipuliamo effettivamente per noi stessi, quantunque la convenzione faccia menzione di un terzo; ed in questi casi la convenzione deve produrre tutto il suo effetto: dessi sono:

1.° Non si dice stipulare per un altro, quando la cosa o la somma che io stipulo, sarà trasmessa ad un terzo indicato nella convenzione. Per esempio, se io nel contratto vi vendessi un immobile per la somma di 1000 ducati *che pagherete a Pietro*, io non stipulo mica per un altro; ma per me, e non per Pietro. Pietro non è indicato nella convenzione, che come una persona cui ho dato la facoltà di riscuotere la somma per me ed in mio no-

---

(*) Dicevasi *dolus dare causam contractui*, quando il contraente non avea volontà di contrattare, ma vi era stato indotto da'rigiri dell'altra parte. Dicevasi poi *dolus incidere in contractum*, allorchè taluno spontaneamente contrattava, ma veniva ingannato nel modo di contrarre, cioè nel prezzo o altrimenti, l. 9, ff. *de dolo malo*, Voet, su detto tit. n. 3.

V. gli art. 1088, 1118, 1189, 1191.

1074. Ciò non ostante può taluno obbligarsi per un terzo, promettendo il fatto di costui. Tale promessa però dà soltanto diritto ad una indennità contra colui che si è obbligato, o che ha promesso la ratifica, se il terzo ricusa di adempiere l'obbligazione (1).

---

me; ciò ehe i Remani ehiamavano *adjectus solutionis gratia*, § 4, Inst. *de inutil. stipulat.*; Pethier, *ebligat.*, n. 57; Toullier, t. 6, n. 152; Duranton, t. 10, n. 226.

2.° Non si dice stipulare per un altro, ma per me, benebè stipuli ebe si farà qualche cosa per un terzo, se in eiò ehe si farà ie abbia ue interesse personale e valutabile, come se ie mi obbligassi verso queste terzo di farla. Per es mpio, se essendo ie obbligato verso Giacomo di ricostruirgli fra un determinate tempo da' ruderi la sua cosa, io eentratte con un muratore, end' egli la ricostruisca nel tempo convenute; in tal case ò inteso piuttosto stipulare per me ebe per Giacomo, e la convenzione è valida: la ragione è, ch'essendo io obbligato verso di Giacomo a questa rieostruziene, io ò un vere interesse personale ebe si faccia, onde non essere tenuto a'danni che ne deriverebbero dall'inadempimento. Deed'è, ebe stipulando la ricostruzieee della easa di Giacome, io non stipule per questi ehe *verbo tenus; re ipso* ed in realtà io stipulo per me ed in mio vantaggio: *si stipuler cum mea interesset . . . ait Marcellus stipulotionem valere;* l. 38, § 20, 21 e 22, ff. *de verb. obligat.*; Pothier, *obligat.*, n. 58 e 59; Toullier, t. 6, n. 153; Duranton, t. 10, n. 230.

3.° I mandatari e coloro che ànno qualità secendo la legge, stipulane validamente per le persoee i eui interessi sone lore affidati, l. 38, § 23, ff. *de V. O.* Impereiocehè nei possiamo eoncedere il nostro ministero ad un'altra persona, per contrattare, promettere e stipulare per essa; ne'quali easi non siame noi ehe contrattiamo, ma è questa stessa persoea ehe contratta per mezzo nostro, e rimane ebbligata, in quaeto il mandatarie non eccede le sue faeoltà. Così il padre, il tutore, centrattano validamcete pel minore, art. 291 e 373. I mariti, in molti casi stipulano validamente per le loro mogli, in conseguenza del mandato legale ehe la legge loro conferisce, art. 1362, 1396; gli amministratori de'corpi morali ànno la rappresentanza dei corpi cui sono preposti, art. 10, 462; il contratte fatto dal mandatario in mio neme e ne'limiti del mandato mi ebbliga, art. 1870; e mi obbliga pure quello del socie nelle società in neme collettive e in commaedita, art. 22 e 23 *leg. di eccez.* Pothier, *obligat.*, n. 74 e 84; Toellier, t. 6, n. 155; Duranton, t. 10, n. 228.

4.° Possiomo stipulare direttamente pe'nostri eredi, ehe la legge ci fa riguardare come nei altri stessi: *haeredi nostro cavere concessum est*, l. 10, ff. *de pactis dot.* Per l'antico dritte romone, la stipulaziene o la promessa dovea prendere origine nella persoea dello stipulante o del debitore; ma Giustiniaoo nel § 12, Inst. *de inut. stipul.* cangiò siffatte dritto.—Si osservi però, ch'è valida la stipulaziene che noi facciamo pe'nostri eredi, quando stipuliame per essi, qualifieandoli nostri eredi: se stipulassi per Tizie, senza spiegare ch'egli è mio erede presuntivo, la stipulazione non sarebbe valida, qeond'anche in seguito diverrebbe mie erede, l. 17, § 4, ff. *de pactis*; Pothier, n. 61 e 62; Toullier, t. 6, n. 154; Duranton, t. 10, n. 255.

5.° Altre due modifieazioei al prineipio ehe niuno puè stipulare che per sè medesimo, sone previste ne'due art. seguenti.

(1) Abbiamo veduto nella nota precedente, ehe ninno può contrattare ehe per sè stesse. Impereiocchè quando vi be promesso ehe un altro farebbe o darebbe qualche cosa, senza autorizzaziene e senza promettervi cosa da mia parte, questa convenzione non può obbligare nè me, nè il terzo. Non può ebbligare il terzo, perchè non è in mia possa di obbligare un altro, senza il sue fatto. Non obbliga me neppure, perchè, supponendosi ehe io abbia promesso per un altro e non per me, eon ò inteso ebbligarmi. Così, se io ò eotrattato in neme di una persona senza ehe sia munito di mandote, la sua ratifica farà riputare ceme se avesse coetrattato per mezzo mio: *rathiabitio mandate equiparatur*; e viceversa se rifiuta, la convenzioee è nulla, senza essere ie a nulla ebbligato per aver agito senza poteri, poichè l'altra parte à avuto anche il torto di eontrattare scientemente con una persona ebe nen avea facoltà aleuna: lo colpa è eomune ad entrambi.

Ma se è vero, ebe niune può obbligorsi per un altro, è pur vero, che une può costituirsi garante del fatto ehe à promesse per parte di quest'ultimo; e come in virtù della convenzione non può astringere qeello pel quale à parlate di sciogliere dalla sua parola, la cenvenzione rimane senza effetto, ma il promettitore è risponsabile de' danni-interessi. Devesi impertanto notare che Vinnie (sul § 3, Inst. *de inut. stipulat.*), Grozie ed altri giureconsulti opinavano, ehe la promessa del fatto altrui, tacitamente comprendeva l'obbligazione per chi la fece, di rendersi garante ehe il terzo l'eseguirebbe; e Pothier (*obligat.*, n. 56) dopo di aver ammesse eel dritto romane la regola, che la promessa del fatte altrui non era ebbligatoria, la modifica immediatamente, dicende « si presume di leggieri ehe eelui il quale à premesso ehe un terzo darebbe o farebbe qualche cosa, non abbia inteso solo *de alio*

1075. Si può egualmente stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che si fa per se stesso, o di una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatto questa stipulazione, non può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare (1).

V. gli art. 1088, 1118, 1131, 2845, 1886.

» *promittere*, ma abbia creduto promettere anche *de se*, vale a dire, ch'egli garantiva la » promessa del terzo, quantunque di ciò non se ne sia fatto motto ». Ma sotto l'impero del codice, bisogna dire che, la semplice promessa che un terzo darà o farà la tale cosa, non è affatto obbligatoria, art. 1073; e l'art. 1074 vuole l'*obbligazione* di colui che promette il fatto del terzo, per renderlo risponsabile de' danni-interessi. Quindi se io ho promesso che Tizio darebbe o farebbe qualche cosa, non bisogna presumere che io abbia inteso obbligarmi pel terzo, se questa obbligazione non è espressa nel contratto, perciocchè se tale obbligazione si presumesse, l'art. 1074, in disamina, sarebbe superfluo ed in contraddizione con l'art. precedente. Delviocourt, lib. 3, tit. 5, nota 70; Toullier, t. 6, n. 135, 155 e 156; Duranton, t. 10, n. 209.

(1) I. Per ben comprendere la disposizione di questo articolo, bisogna rimontare agli antichi principî.

Nell'antico dritto romano, era un principio rigorosamente osservato, che niuno poteva stipulare per l'interesse di un terzo. Impertanto potevasi far entrare l'interesse di un terzo in una convenzione, non come oggetto diretto, ma come condizione o modo. Laonde voi non potevate stipular meco direttamente o per convenzione principale, che darei cento scudi ad un terzo; ma potevate, facendomi una donazione, apporvi il peso di dare io stesso, ad un terzo, una somma di cento scudi. Qual era l'effetto di questa stipulazione? Ne risultava in vero che, mancando da mia parte di adempiere al peso di cui voi avevate gravato la vostra donazione, potevate ripetere contro di me ciò che mi avevate donato; e la legge vi attribuiva perciò un'azione che si chiamava *condictio ob causam dati, causa non secuta*. Ma il terzo, in favore del quale mi avevate imposto questo peso, non aveva contro di me alcuna specie di azione per domandarmi i cento scudi.

Questa legislazione venne cangiata da un'ordinanza degl'Imperadori Antonino e Vero, la quale è ricordata nella l. 3, C. *de donationibus quae sub modo*. Quando una donazione, ivi dicesi, era stata fatta col peso che dopo un certo tempo, la cosa donata sarebbe restituita ad un terzo, e che quest'ultimo non era intervenuto nel contratto, la mancanza di restituzione, giusta i principî dell'antico dritto, non apriva che a favore del donatore o dei suoi eredi, l'azione in linea di ripetizione della cosa donata. Ma considerazioni di equità avendo poscia indotti gl' Imperatori ad accordare al terzo che non è intervenuto nel contratto, un'azione utile per far eseguire la disposizione del donatore che lo riguarda, non solamente può agire egli medesimo a tal effetto, ma il suo erede lo potrà al pari di lui, s' ei venga a morire prima di avere intentate le istanze giudiziali.

Laonde, nell'ultimo stadio della legislazione romana, la stipulazione fatta per un terzo dava a quest'ultimo un' azione contro la parte che l'avea sottoscritta, quando era entrata nel contratto, come peso, modo o condizione; e l'art. in esame accorda lo stesso effetto a tale stipulazione. E da ciò deriva che, per esempio, le indicazioni di pagamento, fatte con un contratto di vendita a favore de'creditori del venditore, danno azioni a questi creditori contro l'acquirente ch'erasi obbligato di pagarli. Pothier, *obligat.*, n. 70 a 73; Merlin, *Quistioni*, v. *stipulation pour autrui*; Toullier, t. 6, n. 149 e 150; Duranton, t. 10, n. 234 e 235.

II. Era un punto molto controvertito nell'antico dritto, se l'obbligazione ch'è stata, per conto di un terzo, inserita come peso, condizione o modo, nel contratto fatto tra due parti, poteva essere rivocata dalle parti contraenti, prima che il terzo avesse manifestata l'intenzione di raccoglierne l'effetto. Sostenevasi da taluni la negativa, per la ragione che tal condizione essendo, dalla legge, riconosciuta obbligatoria, conferiva, per ciò solo, al terzo assente, un dritto certo: e che nessuno può, senza la sua volontà espressa, essere spogliato di un dritto che à legittimamente acquistato: questa era la dottrina di Paolo di Castro (sulla l. 122, § 2, ff. *de V. O.*); di Fachineo (*contr. juris*, lib. 8, cap. 89) e degli autori da lui citati. di Pothier, (*obligat.*, n. 73). Per l'opinione contraria si diceva, che per la l. 3, C. *de donat. quae sub modo*, l'azione non era acquistata al terzo assente che sul fondamento della volontà del donatore, *juxta donatoris voluntatem*; e che questa medesima volontà era che stabiliva il dritto dell'assente; bisogna dunque che il donatore vi perseveri; che, se cambia, non rimane più alcun titolo al terzo assente, alcun dritto nè azione su'beni donati: così insegnavano Bartolo, Aretino, Imola, Alessandro, Cumano, Giasone, Socino e Duareno, ne'loro comentari sul digesto, nella l. 122, § 2, ff. *de V. O.* Cuvarruvia, lib. 1, *variar. resolut.* cap. 14, n. 13; Fabro, C. lib. 8, tit. 37, def. 2; Voel, tit. *de donat.*, n. 43; Perezio, Cod., tit. *de donat. quae sub modo*, n. 6.

v. gli art. 645, 791, 935, 966, 125, 1962, 1963, 2141.

1076. Si presume che ciascuno abbia stipulato per se, pe'suoi eredi, o per quelli che hanno causa da lui, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione (1).

Quest'altimo sistema è stato sublimato in legge dall'art. 1075, poichè proibendo di rivocare la stipulazione inserita in un contratto a favore di un terzo dopo ch' *egli à dichiarato di volerne profittare*, è avidentissimamente permetterne la rivocazione, per tutto il tempo che una simile dichiarazione non sia stata fatta dal terzo, in conseguenza della massima, *nihil tam naturale est, quaeque eodem modo dissolvi quo colligatae sunt*. Merlin, *Quistioni*, v. *stipulation pour autrui;* Toullier, t. 6, n. 151; Duranton, t. 10, n. 241.

III. Potendo la stipulazione a favore del terzo rivocarsi, finchè non à dichiarato di volerne profittare, conviene esaminare se, per aver luogo la rivocazione, è necessario il consenso delle parti contraenti. Bisogna distinguere il caso in cui l'interesse sia di entrambi i contraenti, da quello in cui fosse del solo stipulante. Nel primo caso, è necessario il concorso delle due volontà, per la massima *quaeque eodem modo dissolvuntur;* ma nel secondo caso, la rivocazione può aver luogo per la sola volontà dello stipulante, e perciò l'art. 1075 non dice *quelli che ànno fatto* questa stipulazione *non possono* più rivocarla; ma dice: *colui che à fatto* questa stipulazione, non può più rivocarla, se il terzo abbia dichiarato di volerne approfittare. Laonde in un contratto di vendita, le indicazioni di pagamento a favore de'creditori chirografari del venditore, possono, prima che costoro dichiarato avessero di profittarne, rivocarsi dal solo venditore, senza il consenso dell'acquirente. Non così, se i creditori fossero ipotecari, poichè l'acquirente in questo caso è interessato a pagare i creditori per non essere soggetto all'azione ipotecaria. V. Duranton, t. 10, n. 244, 245 e 246.

IV. Il terzo può dichiarare con qualunque atto, di profittare della stipulazione a suo favore. Se viene a morire prima dell'accettazione, e la stipulazione in suo favore non fosse puramente personale, possono i suoi eredi accettare. Se del pari lo stipulante viene a morire, può il terzo dichiarare agli eredi dello stipulante, di voler profittare della stipulazione a suo favore. Nelle sole donazioni tra vivi dirette vi sono regole speciali prescritte dagli art. 856 e 857. Duranton, t. 10, n. 247, 248 e 249.

(1) I patti sono *reali* o *personali*, l. 7, § 8, ff. *de pactis*. Diconsi *reali* i patti che si trasmettono agli eredi, l. 21, § ult. e l. ult. ff. *de pactis*. *Personali* sono i patti che, inerenti alla persona de'contraenti, non si trasmettono agli eredi ed a'successori a titolo particolare; l. 7, § 8, l. 17, § 7, l. 25, § 1, ff. *de pactis*. Le obbligazioni ànno per regola il carattere di *realità*, poichè obbligando i beni, la morte de'paciscenti non deve in minima parte alterare gli effetti delle convenzioni. Da ciò la regola, che si presume che stipuliamo ne'nostri eredi, ad onta che ciò non si sia espresso nella convenzione, e questa regola fondamentale di dritto ora proclamata nella legislazione romana in più testi. *Qui paciscitur, sibi heredique suo pacisci intelligitur*, l. 152, ff. *de pactis* — *Plerumque tam heredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus*, l. 9, ff. *de probat.* — *Omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, inveniatur et ad heredes et contra heredes trasmitti, sive specialis heredum fit mentio, sive non;* l. 13, Cod. *de contrah. et committ. stipulat.* — *Quod ipsi, qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit*, l. 143, ff. *de reg. jur.*

Gli effetti delle convenzioni reali si trasmettono altresì a' successori a titolo particolare che ànno acquistato i dritti sulla cosa, che a questo titolo si è in qualunque modo alienata; e perciò l'art. in esame stabilisce, che si presume che ciascuno abbia stipulato per se *e per quelli che ànno causa da lui*. Quindi i dritti di servitù passano *ipso jure* al possessore dell'immobile cui sono dovuti: e passano pure quelli che avea il venditore acquistati per l'utilità del fondo venduto; *pactum conventum cum venditore factum, si in rem constituatur, et emptori prodest: et hoc uti Pomponius scribit;* l. 17, § 5, ff. *de pactis*. Toullier, t. 6, n. 420 e seg.

II. *Eccezioni alla esposta regola.* — Desse sono due. La prima si è che per effetto di un patto i contraenti possono espressamente convenire che le obbligazioni non si trasmettono ai loro eredi: la legge non poteva vietare alle parti di restringere l'effetto dell'obbligazione alla loro sola persona: se colui che dovea adempiere perciò l'obbligazione, muore prima del termine stabilito o di essere stato messo in mora, l'obbligazione è estinta; ma se muore dopo di essere stato messo in mora, gli eredi sono obbligati di eseguirla: *actiones quae morte aut tempore pereunt, in judicio semel inclusae, salvae permanent;* l. 139, ff. *de reg. jur.* Duranton, t. 10, n. 256.

Non bisogna perdere di vista una osservazione. Non perchè nella convenzione gli eredi non sono nominati, debbe dedursi che l'obbligazione sia personale. Per esser personale bisogna che sia *espressamente* convenuto che colui che si obbligava, non si obbligava che verso la persona colla quale egli contrattava, escludendone gli eredi. Così dichiarando in

SEZIONE II.

Della capacità de' contraenti.

1077. Ogni persona può contrattare, se non è dichiarata incapace dalla legge.

V. gli art. 1062, 1429, 1797, 2128.

1078. Sono incapaci a contrattare ne' casi espressi dalla legge,
i minori (1),
gl' interdetti,
le donne maritate (2),
e generalmente tutti coloro a' quali la legge proibisce taluni contratti (3).

V. gli art. 295, 311, 406, 407, 419. V. l' art. 425.

---

un contratto che *io mi obbligo di pagare mille a Tizio*, non deve inferirsi che io abbia intese di restringere alla persona di Tizio la mia obbligazione che ne risulta; ma devesi per lo contrario opinare, che Tizio non è nominato che per far conoscere con chi la convenzione è fatta: *plerumque, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum fiat;* l. 7, § 8, ff. *de pactis*; Pothier, *obl.* n. 63; Toullier, t. 6, n. 412; Duranton, t. 10, n. 258.

La seconda eccezione à luogo, quando la qualità personale deriva *dalla natura della convenzione*. Ecco i principali casi della qualità personale di una convenzione:

1.° I dritti di usufrutto, di uso e di abitazione sono personali, e non si trasmettono agli eredi dell' usufruttuario e dell' usuario: art. 542 e 550.

2.° Il contratto di società si scioglie per la morte di uno de' soci, perchè si forma ordinariamente in considerazione della persona de' soci, tranne patto in contrario; art. 1730 e 1740.

3.° Il contratto di locazione di opera si scioglie colla morte dell' artefice, dell' architetto o dell' appaltatore; art. 1641.

4.° Il mandato si estingue con la morte del mandante o del mandatario; art. 1875.

5.° La tutela si estingue con la morte del tutore; art. 341.

6.° Il comodato si estingue con la morte del comodante o del comodatario, quando dalle circostanze si raccoglie ch' è stato fatto in considerazione della persona; art. 1751.

7.° Il contratto di rendita vitalizia è personale al proprietario; art. 1851.

(1) Veggansi le osservazioni all' art. 1258 per la discussione, se le obbligazioni contratte da' minori siene nulle, o soggette a rescissione.

(2) Vedi nel t. 1, nota 3, p. 55.

(3) La legge à in questo articolo indicato coloro che sono incapaci di contrattare in un modo assoluto e generale, cioè i minori, le donne maritate, gl' interdetti. Questa enumerazione non è perfetta; vi sono altre persone colpite d' incapacità a differenti gradi. L' ultimo comma poi dell' articolo in esame rinvia alle diverse parti del Codice ed a leggi particolari, la incapacità cui trovansi talune persone sottoposte per taluni contratti. È debito del giureconsulto di riunire sotto un colpo d' occhio, tutte le disposizioni che concernono siffatta materia, e fare, per quanto è possibile, una completa enumerazione delle persone che sono a differenti gradi incapaci a contrattare, e quelle che non possono fare taluni contratti speciali. Questi casi sono i seguenti:

1.° I condannati alle pene criminali de' ferri e reclusione, sono incapaci durante la pena, di fare qualunque contratto: *art. 17, leg. pen.*—In quanto a' condannati all' ergastolo, v. nel t. 1, nota 1, p. 12.

2.° I condannati in contumacia ed iscritti nell' albo de' rei assenti sono colpiti dalla stessa incapacità: *art. 466 p. p.*

3.° Coloro che sono provveduti di un consulente non possono fare que' contratti indicati nella sentenza; *art. 436.*

4.° Le persone provvedute di un amministratore provvisorio sono colpiti dalla stessa incapacità degl' interdetti; t. 2, nota 2, pag. 121.

5.° Gli eredi beneficiati, nel termine di cinque anni, i curatori ad eredità giacenti, i sindaci di un fallimento, gli eredi presuntivi che ànno ottenuta l' immissione provvisoria nel possesso de' beni dell' assente, sono incapaci a fare atti di alienazione; art. 134, 732, 723, 724, ll. cc.; 555, *leg. di eccez.*

5.° I falliti sono incapaci di contrattare; *art.* 434 e 436 *leg. di eccez.*

6.° Il tutore non può comprare i beni del minore, nè divenire cessionario di alcuna ragione o credito contro dello stesso; *art. 373.*

7.° Non può contrarre solenne promessa di matrimonio il tutore, o i di lui figli col mi-

V. l'art. 1258 a seg.

1079. Il minore, l'interdetto e la donna maritata non possono impugnare per causa d'incapacità le loro obbligazioni, all'infuori de' casi preveduti dalla legge.

V. gli art. 214, 1292, 1797, 1862, 1884.

Le persone capaci di obbligarsi non possono opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto o della donna maritata (1), co' quali abbiano contrattato.

SEZIONE III.

Dell' oggetto e della materia de' contratti.

V. gli art. 1055, 1064.

1080. Ogni contratto ha per oggetto una cosa che uno de' contraenti si obbliga di dare, di fare, o di non fare (2).

---

nore o colla minore, nè convenirsi col minore medesimo divenuto maggiore pendente la reddizione de' conti: art. *157*, e *395*.

8.° I conjugi non possono tra loro fare un contratto di vendita, salve le eccezioni; *art. 1440*.

9.° Non possono rendersi aggiudicatari, i tutori, i mandatari, gli amministratori, i pubblici ufiziali, ed i patrocinatori per determinate persone: *art. 1441 ll. cc.*; *797 p. c.*; *64 della leg. di espropriazione de' 29 dicembre 1828*.

10.° Non possono i giudici, i loro supplenti, i magistrati ch'esercitano il pubblico ministero, i difensori officiosi, i cancellieri, gli uscieri, i procuratori ed i notai rendersi cessionari delle liti, azioni o ragioni di conoscenza del tribunale ov'esercitano le loro funzioni; art. 1442.

11.° Non possono i conjugi alienare gl'immobili dotali: *art. 1367*.

12.° Non possono i coeredi contrattare la indivisione de' beni ereditari; art. 734.

13.° Non possono gli sposi derogare a' dritti nascenti dall'autorità maritale, dalla patria potestà, nè alle disposizioni proibitive, nè rimettere la loro società alla consuetudine del luogo, ovvero stipulare che la comunione tra essi cominci da un'epoca diversa dal matrimonio: *art. 1342*, *1344*, e *1395*.

14.° La parte pignorata non può, dopo la denunzia del pignoramento, alienare gli stabili, sotto pena di nullità; art. *12*, *13 e 14 della legge del 29 dicembre 1828*.

15.° È vietato ad ogni comandante delle divisioni militari, delle provincie, delle piazze, delle città, ad ogni intendente o sotto intendente, di far commercio, ne' luoghi dove à dritto di esercitare la sua autorità, apertamente, o con atti simulati, o con interposizione di persone, di grani, di biade, di farine, di sostanze farinose, di vini o di bevande che non provengono dalle sue proprietà: *art. 224 leg. pen.*

16.° Non può convenirsi l'arresto personale fra le persone indicate nell'art. 1932.

17.° I gravati di sostituzione ed i possessori de' beni soggetti a majorasco sono incapaci di alienare i beni sottoposti a questo vincolo; *art. 959*, *1005*, *1009*.

18.° I comuni non possono, sotto pena di nullità del contratto, alienare, transigere, contrarre debiti, se non osservate le formalità prescritte degli art. 298 a 301 dalla legge dei 12 dicembre 1816, riferiti nel t. 1, nota alla p. 139.

19.° I contratti fatti co' pubblici stabilimenti, e que' formati con corporazioni ecclesiastiche, mense vescovili, badie, o benefizi, senza le preventive necessarie solennità, sono nulli: l. 1, nota alla p. 142, § 3; decreto del 1.° dicembre 1833 riferito nel t. 1, nota 2, p. 128.

20.° In quanto alle persone incapaci di donare o di ricevere, vedi nel t. 1, nota 3, pagina 373.

(1) « Esisteva, disse Favard nel rapporto al Tribunato, una grande varietà di opinioni » sulla quistione, onde sapere se le persone capaci di obbligarsi potevano opporre l'incapacità della donna maritata con la quale ànno contrattato.

» Molti giureconsulti erano per l'affermativa, e fra questi si contava Pothier; quest'ultimo si fondava sull'incapacità della femmina, e sulla potestà maritale che rendeva assoluta la nullità delle obbligazioni da essa contratte.

» Se quest'opinione avea per difensore un giureconsulto così celebre, l'opinione contraria era pure appoggiata da partigiani non meno commendevoli per la loro dottrina, e al di sopra di tutto ciò pe' loro principj; è costante infatti che la legge non dichiarò la donna incapace di obbligarsi che per garantirla della sua debolezza, e per salvare la sua fortuna. D'onde risulta che dev'essergli permesso di far migliore la sua condizione, e nel mentre che lei, e suo marito non reclamano contro le obbligazioni, le persone con le quali essa contrasse, non possono procurarsi un mezzo relativo alla sua incapacità, onde annullarlo ». Locré, t. 6, n. 193, n. 21.

Vedi, nel t. 1, nota 2, p. 57.

(2) L'oggetto di una obbligazione può essere o una cosa propriamente detta, *res*, che il

1081. Il semplice uso o il semplice possesso di una cosa può essere oggetto di contratto, come la cosa medesima (1).

V. gli art. 550, 1555.

1082. Le sole cose che sono in commercio, possono essere oggetto di convenzione (2).

V. gli art. 463, 465, 572, 1443, 2152.

---

debitore si obbliga di dare; o un fatto, *factum*, se egli si obbliga di fare o di non fare. Questo principio stabilito nell'articolo in disamina, è una conseguenza della definizione del contratto data dall'art. 1055. *Non solum RES in stipulatum deduci possunt, sed etiam FACTA*; § ult. Inst. *de verb. obligat.*

Quali cose possono essere l'oggetto di una obbligazione, viene stabilito da' tre articoli seguenti. Qui ci fermiamo alquanto a discorrere de' fatti che possono essere l'oggetto delle obbligazioni.

Un fatto, per poter essere l'oggetto di una obbligazione, bisogna che sia possibile; perchè *impossibilium nulla obligatio est*; l. 85, ff. *de reg. jur.* Il fatto adunque dev'essere possibile, deve riguardare una cosa certa, e perciò la l. 2, § 5, ff. *de eo quod certo loco*, decide, che se qualcuno promettesse ad un altro di costruirgli un edifizio, senza precisare il luogo, egli non contrarrebbe alcuna obbligazione. Finalmente, ciò che uno si obbliga di fare o di non fare, debb'essere tale, che colui verso di cui l'obbligazione è contratta, abbia interesse che ciò sia fatto o no; e questo interesse debb'essere valutabile. Pothier, *obl.*, n. 138, 139 e 140.

Un fatto impossibile non può certamente formar oggetto di obbligazione, e l'impossibilità può essere o naturale o civile.

Impossibilità naturale—Una convenzione sopra un fatto naturalmente impossibile, non può essere che un gioco; e se qualche cosa si fosse data per prezzo di una tale convenzione, colui che l'avesse sborsata potrebbe ripeterla come data senza causa, art. 1085, 1188 e 1331; e colui che l'avesse ricevuta non potrebbe ritenerla, perchè non gli era dovuta, art. 1330; Toullier, t. 6, n. 103.

Ma questa impossibilità dev'essere nel fatto stesso, perciocchè se la impossibilità era relativa a colui che si è obbligato verso di me, ed io non era conscio di questa impossibilità; in tal caso egli si è validamente obbligato in mio favore: *in id quanti mea interest non esse deceptum*. Egli deve imputare a sè stesso di non aver esaminato le sue forze, e di essersi imprudentemente obbligato a quella cosa che le sorpassava. Pothier, *obl.* n. 136; Toullier, t. 6, n. 104; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 57; Duranton t. 10, n. 317.

Impossibilità civile—I fatti contrari alle leggi o a' buoni costumi non possono essere l'oggetto di una obbligazione, perchè si considerano moralmente impossibili. Il contratto perciò che à per oggetto un'azione illecita non è obbligatorio, e se la cosa o la somma che n'era il premio fosse stata pagata in virtù della convenzione, colui che l'à data non può ripeterla; il male è fatto, ed il fallo commesso dal corruttore, il quale è pagato per far commettere un reato, non può essere più riparato: essa non può dunque servir di titolo od di pretesto per ripetere ciocchè egli à dato. Se l'uno non merita di ritenere il premio del suo reato, il vile corruttore merita ancor meno di ricuperare ciò che à dato. Entrambi sono in colpa; devesi dunque stare alla regola generale, e dare la preferenza al possessore; l. 128, ff. *de reg. jur.* Questa regola è tracciata dal dritto romano. *Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et ideo repetitionem cessare*, l. 8, ff. *de condit. ob turpem causam*—Se poi l'azione è illecita unicamente dalla parte dello stipulante, la obbligazione è per nulla, ma dà luogo alla restituzione di ciò ch'è stato dato in esecuzione di tal convenzione. Questa distinzione è stabilita nelle l. 3 e 4, ff. *de condit. ob turpem causam: ubi dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus. Quoties autem accipientis turpitudo versatur, repeti potest.* Voet, su detto tit., n. 1, e 3; Pothier, *obl.*, n. 43; Toullier, t. 6, n. 126.

(1) Nel comodato, nelle locazioni, il semplice *uso* è l'oggetto del contratto, art. 1555. Nel pegno l'oggetto del contratto è il *possesso*; l. 35, § 1, ff. *de pignoratitia actione*; e siffatto possesso, come spiega la l. 1, § 15, ff. *de adquir. vel omitt. posses.*, non serve al creditore per prescrivere, ma serve a tal uopo al debitore che gli à consegnato il pegno. Pothier, *obl.*, n. 150.

(2) I. Bisogna conoscere quali sono le *cose fuori commercio*, per dedurre quali sieno quelle in commercio. Su di ciò le disposizioni del codice sono oscure, ed il sig. Toullier à supplito al silenzio del legislatore, spiegando ciò che deve intendersi per *cose fuori di commercio* (*); quelle cioè che non sono suscettive di una proprietà privata. Il giureconsulto

---

(*) Ecco come si esprime il chiaro esegetico nel t. 6, n. 157 e 158.

1 Le sole cose che sono in commercio possono essere oggetto di convenzione, dice l'art. 1128 (1082); ma il codice non spiega quali sieno le cose fuori commercio, e le sue disposizioni su questo punto sono compilate in un modo ben oscuro.

2 Ulpiano definisce (*Fragm.*, tit. 19, § 5; e tit. 20, § 13) il commercio, il dritto di vendere e di com-

Paolo à osservato che vi ànno talune cose fuori commercio per loro natura, altre per dritto civile, ed altre per gli usi di ciascuna città: *quas natura, vel gentium jus, vel mores civitatis, commercio exuerunt*; l. 34, § 1, ff. *de contrah. empt.*

Sono fuori commercio per loro natura, le cose la cui proprietà non può appartenere a chicchesia, e che vengono chiamate comuni, come l'aria, il mare, le acque correnti; Inst. *de rer. div.*; art. 634.

Sono fuori commercio per destinazione della legge i beni addetti a' pubblici usi, finchè dora la loro destinazione. Toullier, t. 6, n. 163.

I dritti contrari alla libertà ed alla indipendenza delle persone sono fuori commercio, art. 607. Toullier, t. 6, n. 162.

I dritti inerenti alla Sovranità sono essenzialmente fuori commercio: «Il Re, osserva energicamente il sig. Toullier, t. 6, n. 161, nomina gratuitamente agli ufizi civili i soggetti ch'egli crede più degni di disimpegnarli: coloro che sono promossi a questi ufizi non possono farne oggetto di convenzione alcuna. La giustizia dovrebbe pronunziare la nullità delle convenzioni fatte, sia co' titolari, sia co' terzi, per esempio con un nomo di credito, per fare, mediante un prezzo, ottenere una nomina dal Re. Se la carica non è l'oggetto diretto del contratto, n'è però l'oggetto indiretto. Un simile trattato, oltre che avrebbe per oggetto una cosa *fuori commercio*, sarebbe contrario all'ordine pubblico; offenderebbe la Maestà reale; tenderebbe a seminare d'insidie gli aditi al trono, a circondarlo d'intrighi e di corruzione, a togliere al Monarca il vero merito, ma modesto, che sdegna sempre simili maneggi ».

Delle volte si è cercato di eludere con delle astuzie siffatta proibizione. De' funzionarj ànno domandato delle traslocazioni, o ànno rinunciato alla carica, stipulando di pagarsi una somma di danaro dalla tale persona, alla quale la rinuncia può giovare. Simili convenzioni debbono meritare tutta l'animadversione de' tribunali, poichè con tal modo s'introdurrebbe l'abuso di permettere la vendita del proprio impiego. Il merito è quello che dà dritto alle cariche; il bene pubblico è la sola ragione di preferenza; il Re solo nell'al-

---

prare, *emendi vendendique jus*. Tal è pure il significato che noi diamo alla parola *commercio*. Le cose che sono in commercio sarebbero dunque quelle che si possono vendere e comprare; ed al contrario le cose fuori del commercio, quelle che non si possono vendere nè comprare. In questo senso esteso, i beni da' minori, que' degl' interdetti non sono in commercio; il commercio de' loro beni era interdetto ai prodighi dal Pretore con questa formola solenne: *tibi ea re commercioque interdico*. Paolo, *Fragm.*, lib. 3, tit. 4, § 7.

»Lo stesso Ulpiano dice altrove (l. 39, § 7. 8, 9, 10, ff. *de legat.* 1.°), che possono legarsi le cose che appartengono ad altri, se possono essere comprate, quantunque l'acquisto ne sia difficile, e che l'erede ne debba pagare il valore al legatario se non può comprarle; ma che non possono legarsi senza una specie di demenza i tempj, il campo di morte, ec., che parimenti non possono legarsi i giardini, nè i beni immobili che sono del patrimonio del principe, perchè queste cose non sono in commercio, senza un ordine del principe, mentre ordinariamente non sogliono vendersi, *quoniam commercium eorum nisi jussu principis non sit, cum distrahi non soleant. Junge* l. 6, ff. *de contrah. empt.*; l. 83, § 5, ff. *de V. O.*

» Sicchè i Romani intendevano per le cose che sono in commercio, tutte quelle che sono solite a vendersi. Vi erano talune cose ch'erano in commercio per una persona, vale a dire ch'essa sola poteva acquistare, e che non vi erano per un'altra; l. 49, § 2, e 3, ff. *de legat.* 2.°, l. 34, ff. *de V. O.* Al contrario essi riguardavano come fuori di commercio tutte le cose che non erano solite a vendersi, quelle la vendita delle quali era vietata, o che non potevano vendersi senza un ordine del principe. Queste cose non potevano essere nè vendute, nè legate, benchè il legato o la vendita della cosa altrui fosse valide; ma potevano essere oggetto di altre convenzioni, come l'à molto bene osservato Schulting, *in Ulp. Fragm.*, p. 62. In fatti, molte di queste cose erano destinate a darsi in affitto, enfiteusi ec.

»Ma secondo i principj e le disposizioni del codice, non basta che una cosa non sia solita a vendersi, che la vendita ne sia vietata, o che non possa essere fatta se non in virtù di un decreto reale o di altre formalità, perchè sia la stessa considerata come fuori di commercio; al contrario, il codice considera come poste in commercio tutte le cose che sono suscettive di essere vendute, quantunque le leggi ne abbiano proibita l'alienazione. L'art. 1598 (1443) contiene a questo riguardo una disposizione formale: *si può vendere tutto ciò ch'è in commercio, quando leggi particolari non ne abbiano vietata l'alienazione*.

»Dunque le cose che la legge vieta di alienare, sono nondimeno in commercio. Ciò che esattamente è vero in quanto che sono di natura di potersi vendere; se tali non fossero, sarebbe ben inutile vietarne l'alienazione. Quindi l'istessa proibizione di alienarle suppone che possono essere alienate.

«Quali sono dunque, nel senso del Codice, le cose fuori di commercio? Sono quelle che per loro natura non possono formare oggetto, non solo di una vendita, ma benanche di altre convenzioni, come a dire di essere alienate, locate, donate, permutate ec. Il che ci fa sapere l'art. 1128 (1082): *Le sole cose che sono in commercio, possono essere oggetto di convenzione*. Devesi conchiudere da ciò che le cose *fuori commercio* sono quelle che non possono essere oggetto di convenzione.

»Or, se si domandi quali sieno le cose che non possono essere oggetto di convenzione, bisogna rispondere che sono quelle, che *per loro natura*, non possono essere un oggetto di commercio, che non possono cioè essere permutate con altre cose, cedute per un prezzo, donate ecc.; e per dir tutto in poche parole, che non sono suscettive di una proprietà privata ».

almeno riguardo alla sua specie (1).

La quantità della cosa può essere incerta, purchè possa determinarsi.

1084. Le cose future possono essere oggetto di una obbligazione (2).

Eccez. nell' art. 1446.

Ciò non ostante non si può rinunziare ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione intorno alla medesima, nemmeno col consenso di colui della cui eredità si tratta (3).

V. gli art. 708 836, 1343, 1445.

SEZIONE IV.

Della causa de' contratti.

1085. L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa o illecita, non può avere alcun effetto (4).

V. gli art. 1062 e 1188.

---

ta sua sapienza è che nomina, o trasloca i funzionarj; e lo stesso deve dirsi per le carico di nomina ministeriale. Ogni convenzione quindi di tal natura mascherata con qualunque forma debb'essere annullata, anche a richiesta del P. M., perchè la nullità è di ordine pubblico; non bisogna incoraggiare atti di simonia civile con una mollo condiscendenza. Troplong, *de la vente*, n. 220; Duvergier, *de la vente*, n. 207.

II. Conviene infine notare, che è la legge quella che dichiara quali sieno le cose fuori commercio; nè dipende dalla volontà de' particolari segregare dal commercio, una cosa commerciabile. *Nego contractu*, diceva d'Argentré, *testamento*, *vel ulla privata juris aut commercii potestate*, *pubblici juris vim impediri posse*, *quoad extraneos quidem*, *si non eorum acquisitionibus intercedilur; illamque solius legis et consuetudinis potestatem esse puto*; *idque demum si publica et legalis et universalis sit prohibitionis causa*. Troplong, *prescription*, n. 175.

(1) Una cosa è determinata nel senso de' giureconsulti, quando se ne conoscono la specie, la quantità e la qualità: *quid*, *quale*, *quantunque sit*, l. 74, ff. *de* V. O. È dunque indeterminata una cosa, soggiunge la l. 75, in princ. dello stesso titolo, *ubi autem non apparet*, *quid*, *quale*, *quantunque est in stipulatione*.

Una cosa indeterminata può formar oggetto di un' obbligazione, quando può determinarsi *nella specie*, ossia quando sia definibile l'oggetto dell'obbligazione: *oportet ut genus quod debetur habeat certam finitionem*. Così l' obbligazione di dare un cavallo è valida, quantunque non se ne sia definita la razza, e le qualità; ma l'obbligazione di dare un animale, o una cosa fungibile di cui non può sapersi la quantità che le parti avevano in mira di contrattare, non è valida, l. 94, ff. *de V. O*: vedi la nota 1, p. 122; Pothier, *Obl.* n. 131; Toullier, t. 6, n. 134 a 146.

(2) Per esempio, quando mi obbligo di vendere ad un mercante il vino che raccoglierò questo anno, l'obbligazione è validamente contratta, abbenchè il vino non esista ancora; ma se la raccolta non avrà luogo a causa del gelo, l'obbligazione svanisce per mancanza della cosa che ne forma l'oggetto, come non si fosse giammai contrattato. Se però è venduto come a cottimo il prodotto della vigna, il contratto sussiste quantunque il prodotto sia nullo; imperciocchè si può fare un contratto puramente aleatorio, si può vendere la speranza del prodotto, *spes fructuum nasciturorum*, anzichè il prodotto medesimo; Voet, *ad pandectas*, tit. *de contrah. emptione*, n. 13.

(3) Nelle istituzioni contrattuali e nelle donazioni cumulative di beni presenti o futuri fatte a contemplazione di matrimonio, soffre modificazione il principio stabilito da questo articolo: vedi le note 1, p. 191, e 1, p. 200.

(4) I. Che una obbligazione senza causa sia nulla, è un principio di ragione universalmente riconosciuto, e che le leggi romane aveano consecrato: *cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem*, dice la l. 7, § 4, ff. *de pactis*.

Non bisogna confondere la *causa* dell'obbligazione col *motivo* dell'obbligazione medesima: se è un'assioma che un'obbligazione senza causa, o la cui causa è o falsa, o illecita, non dee produrre alcun effetto; è pur un assioma, che l'errore sul motivo non vizia la convenzione. In fatti, se, in materia di legati, la falsità del motivo che il testatore à dato alla sua disposizione, non ne impedisce la validità, come abbiamo osservato nella nota alla p. 116; con quanta maggior ragione dev'esserne lo stesso nelle convenzioni? Ed in vero, ovvi molto meno à presumere che le parti abbiano voluto far dipendere la loro convenzione dalla verità di questo motivo, come da una condizione; dovendo le condizioni interpetrarsi *prout sonant*, e non possono opporsi che dalla volontà delle parti; così si debbono sottintendere molto meno nelle convenzioni, che ne' legati. Laonde, se io mi determino a compre-

1086. La convenzione non lascia di esser valida, quantunque non se ne sia

---

re un pajo di cavalli, sulla notizia di essere morti que'cha avea, o questa notizia poseia si troverà falsa, la convunzione conserverà tutta la sua forza. Par la qual cosa, laddove si voglia far dipendere l'efficacia della convenzione dalla rualità del motivo, debbono le parti farne una condizione dell'obbligazione, ed in questo caso, la falsità dol motivo renda nulla la coovenzione, *defectu conditionis*. Pothier, *obligat.*, n. 20; Toullier, t. 6, n. 39 e 40; Duranton, t. 10, n. 110, o 326.

Da ciò nasce, cho dobbiam definire oiò che debba inteodersi per *causa* dalle obbligazioni. Tutt'i giurecoosulti couvengooo cha la causa di on'obbligasione, è eio cho dà luogo all'obbligaziona medosima, ciò cho forma l'oggetto del contratto. Na'contratti *onerosi*, la *causa* dell'obbligazionn ehe l'una dalle parti s'impooe, è, o ciò che la dà l'altra parte, o ciò ch'essa si obbliga di darle, od il rischio di cui s'incarica. Ne'contratti di *beneficenza*, la liberalità che una dellu parti vuol esercitar verso l'altra, costituiscn la *causa* dei dovere, di chn la prima s'incarica a rispetto della seconda. Pothier, *obl.* n. 42; Merlin, quistioni, v. *causes des obligations*, § 1; Toullier, t. 6, n. 166; Duranton, t. 10, n. 326 a 343.

II. La mancanza della causa, la falsità della causa, la causa illocita, rendono nulla la convenzione. Sviluppiamo qoesto principio.

1.° *Mancanza di causa* —Chn uo'obbligazione la qualo non à causa, sia nulla o non produca azionn, è una verità che non à bisogno di prova. Io compro da voi il fondo Tusculano, eh'era stato distrutto prima del contratto, il contratto è oullo, perchè la causa non esisteva al momento dul contratto, art. 1447. Voi mi presentato un booo per effetto dol quale il mio aotore avea ricevuto in prestito ducati mille: io pago nella qualità oreditsria il debito, credendo di non essere stato soddisfatto. Dopo mi riesce di trovare nello carte ereditarie, la quietanza; è chiaro cha il pagamonto da me fatto è fondato sull'errore, e senza causa; deve perciò restitnirmisi ciò ebo ho pagato per errore, art. 1188 o 1331. La transaziono sopra una lite finita con una sentenza passata in giudicatn, della qualn le parti o nna di esse non avea notisia, è nulla, perchè è mancata la causa delln transazione, art. 1928. La rondita costituita sopra la vita di ona persona che nol tempo del contratto era di già defunta, non produce, dico l'art. 1846, alcun effetto, perchè sonza causa. La eaosa può non esistern al momento del contratto, il qualn può stipularsi sulla semplice speranza che esisturà; ma se venisse a mancare, il cootratto diverrebbe nullo, perchè l'esistenza della causa era una condizione tacita alla quale era sobordinato. Su questo priocipio è fondato l'art. 1043, che dichiara *caduca* la donasione a cootemplaziooo di matrimooio, so il matrimonio non sogue. Toullier, t. 6, n. 168 e 170.

Ma se la causa esistente al momeoto del cnntratto à cessato di esistere dopo cho si è perfezionato, l'obbligazionn cess'ancor nssa di esistere con la sua causa? Bisogna far distinzione tra i contratti di beneficenza e que'a titoto oneroso. I primi cessano di avere il loro effetto col cessar della causa che avea loro dato lungo. Così, essendomi obbligato di somministrarn gli alimenti a Tizio, cessa la mia obbligazione colla morte di costui, perchè è cessata la causa dell'obbligasione, qual era la liberalità verso di Tizio. Il prestito fatto a contemplaziuno della persona dol comodatario si scioglie per la eostui morte, anche prima del tormino stabilito nel contratto; art. 1751.

Ne'cootratti poi a titolo oneroso, bisogna far distinzione fra le convunsioni che contengono una obbligazinne perfezionata nel momento dol contratto, quantunquo ne sia differita l'esecuzione; dalln convenzioni che contengono più obbligazioni, le quali si rinnovano successivamentn a certe epoche. No'contratti della prima specio, l'obbligazione sussiate, quantunque sia cessata la causa. Per esompio, nel contratto di vandita, l'obbligazione di pagare il prezzo sussisto fin dal momento del contratto, quantunquo il compratore abbia ottenuta nna dilazione; il contrattn è perfezionato dal momento del contratto; se dunque viene a perire la cosa, prima del termine stabilito pel pagamento, il compratoro dovn pagare il prezzo della cosa di cui era divenuto padrone, art. 1428. No'contratti poi che contongono obbligazioni successive, la cessazione della causa, fa cessare l'obbligazione per l'avvenire. Così nel contratto di locaziono, la perdita della cosa affittata, fa cessarn l'obbligazione del locatario di pagare il pigione o l'estaglin, art. 1568. Parimonti l'obbligo dell'enfiteuta di pagare l'annuo canone cessa con la perdita del fondo enfiteutico, il cui godimento formava la causa del canone, art. 1688. Toullior, t. 6, n. 173 e 174; Duranton, t. 10, n. 376 e 377.

2.° *Falsa causa.*—Una obbligazione fondata sopra una falsa causa è essenzialmente nulla, come se fusse sprovveduta di causa. Mio padre vi à legato col suo testamento uoa somma di 1000 docati; ma di poi ve ne à privato con un codicillo. In morte sua voi mi presentato il testamento, ed ignorando l'esistenza del codicillo, io mi crodo nel dovore di adampire al legato; in conseguenza mi obbligo di darvi un immobile in pagamento della somma che vi fu legata. È indubitato che quest'obbligo è nullo, perchè la causa che ne for-

espressa la causa (1).

---

ma la base è falsa. Da questo principio deriva, che la transazione fatta su di un documento falso è nulla, art. 1927; che i giudicati fondati su di documenti falsi si rescindono col rimedio della ritrattazione, *ex falsis tabulis vel instrumentis, judicatum rescinditur;* l. 1, C. *si ex fals. inst.*; art. 544, n.° 9, p. c. Pothier; *obl.* n. 42; Toullier, t. 6, n. 43, 168, 170; Duranton, t. 10, n. 348, 350.

Debbesi riguardare come valida l'obbligazione, la cui causa espressa è falsa, ma che, in sostanza, à una causa reale. Su di che è da avvertirsi, che se la pruova della falsità della causa deriva dalla confessione del creditore, il quale dichiara al tempo stesso, che la obbligazione à una causa reale e lecita, non potendo per l'art. 1310 scindersi siffatta confessione, l'obbligazione deve produrre il suo effetto. Se poi è il convenuto che prova la falsità della causa dell'obbligazione, spetta al creditore provare che la obbligazione medesima à d'altronde una causa reale e lecita. Arresti della cassazione di Parigi, in Merlin, quistioni v. *causes des obligationes*, § 1; Arresto del 9 giugno 1812, Sirey, 12, p. 233; Toullier, t. 6. n. 177; Duranton, t. 10, n. 351.

3.° *Causa illecita.* — Su di ciò vedi la nota 1, p. 240.

III. *Effetto della nullità dell'obbligazione senza causa, o fondata sopra falsa causa*— Bisogna distinguere; o il debitore à consegnato ciò ch'era obbligato di dare in pagamento, oppure la cosa o la somma è tuttavia in suo potere. Nel primo caso, si à per astringere il creditore a restituire ciò che à ricevuto, un'azione che le leggi romane chiamano *condictio sine causa*, e la stessa azione accordano gli art. 1188, 1330 e 1331. Nel secondo caso, non solamente il creditore non à azione, ma il debitore ne à una per far dichiarare nulla l'obbligazione di cui si tratta, ciò che i giureconsulti romani chiamano *condicere obligationem;* l. 1, ff. *de condictione sine causa;* l. 2, e ult., C. *de condictione ex lege et sine causa*; art. 1258.

IV. *Se possa ratificarsi una obbligazione senza causa, o fondata su causa falsa o illecita*—vedi la nota 1, p. 240.

V. *Se la condizione apposta alla convenzione possa supplire alla causa*—Cujacio sulla l. 108, ff. *de V.O.* insegnava che la condizione non può far le veci della causa: *stipulatio sine causa non valet; falsum est conditionem esse pro causa.* Nulladimeno soggiungeva, che simile obbligazione era valida, perchè debbe reputarsi fatta *animo donanti; cujus tamen aliquam esse causam oportet, veluti donationem.* Crede Duranton, t. 10, n. 360, che sotto l'impero del codice, non possa questa dottrina adottarsi per le obbligazioni unilaterali, perciocchè, richiedendosi formalità speciali per le donazioni, la obbligazione non può valere come obbligazione, perchè senza causa: non può valere come donazione, perchè non fatta secondo le forme prescritte dagli art. 856 e seg. Ma a noi pare, che la dottrina di Cujacio debba tuttora seguirsi, nè l'obiezione di Duranton, in quanto alla mancanza della formalità dell'atto sia fondata, perciocchè la legge non à prescritto formalità essenziali per le donazioni in loro stesse considerate, ma queste formalità sono prescritte, quando vogliasi direttamente stendere un atto di donazione: tanto è ciò vero, che l'art. 856 non dice che ogni donazione dev'essere fatta innanzi notaio, ma *ogni atto di donazione*; e noi abbiamo osservato nel t. 1, nota 3, p. 385, e nota 4, p. 416, che la donazione non è meno valida in qualunque atto sia fatto, quando non à per oggetto di eludere una disposizione proibitiva della legge.

(1) Dal principio stabilito nell'art. precedente, che una obbligazione senza causa è nulla, non deriva, che la causa di ciascun'obbligazione debba, a pena di nullità, essere espressa nell'atto fatto per provare l'obbligazione medesima. Le leggi romane volevano soltanto, che il difetto dell'espressione della causa in un biglietto, imponesse alla persona a profitto della quale questo biglietto era stato sottoscritto, la prova che lo era stato per una causa reale e legittima. Era questa la decisione espressa della l. 25, § 4, ff. *de probationibus et praesumptionibus*, che si rinviene parola per parola nel dritto canonico, cap. 14, *de fide istrumentorum*, alle decretali.

L'antica giurisprudenza era non pertanto molto controvertita, ed eranvi scrittori che insegnavano di essere nulla la obbligazione, la cui causa non era espressa nel biglietto; scrittori che opinavano che bisognava presumere nel biglietto che non esprimeva la causa dell'obbligazione, una causa reale e lecita, salvo la pruova in contrario; scrittori finalmente che sostenevano di doversi eseguire dal creditore, la pruova di avere il biglietto una causa reale e lecita: queste autorità sono raccolte da Merlin, quistioni, v. *causes des obligations*. Siffatta giurisprudenza non era ignota agli autori del codice civile, che con l'art. in esame anno rigettato la opinione di coloro che pronunziavano la nullità del biglietto, nel quale non era espressa la causa dell'obbligazione. Ma con assersi nell'art. in esame dichiarata la validità dell'obbligazione, quantunque non se ne fosse espressa la causa,

V. gli art. 7 e 1125.

1087. La causa è illecita, quando è proibita dalla legge, e quando è contraria a'buoni costumi o all'ordine pubblico (1).

---

la legge presume la legittimità della causa, o pure se il debitore venga a negare la causa, spetta al creditore di provarla; e che in difetto di questa pruova, l'obbligazione debba essere dichiarata nella? Ascoltiamo primieramente il processo verbale del consiglio di Stato di Francio, sulla discussione dell'articolo in esame:

« Bigot-Préamenen spiega il senso dell'articolo. Un cittadino *dichiara di dovere* una somma, senza enunciare la causa del suo debito; la sua obbligazione è valida, perchè la dichiarazione che *deve*, fa *presumere* che vi sia una causa; la volontà di obbligarsi ebbe in fatti ad avere un motivo. Nondimeno, se realmente non ve ne sia alcuno, è ammesso a far questa pruova ed a far cessare la presunzione.

» Treilhard dice, che que'che sono familiarizzati con i principi del dritto comprendono benissimo che vi sono delle obbligazioni senza causa. Per esempio, se io dico: *io debbo a Pietro*, si suppone che una causa abbia determinato la mia dichiarazione; che abbia ricevuto il valore di ciò che mi obbligo di restituire, e che effettivamente debbo per una ragione qualunque. Se dico, al contrario, *io pagherò a Pietro la somma di* .... non avvi causa presunta, perchè non mi sono dichiarato debitore.

» Tronchet dice, che vi sono molti casi in cui chi sottoscriva una obbligazione si limita a riconoscere di dovere. Tal è, per esempio, quello di cui l'obbligazione à per causa una restituzione che il debitore non vuole rendere pubblica. Allora si suppone che avvi una causa; perchè non è presumibile che un uomo si costituisce debitore, senza esserlo in effetti. Il difetto di enunciazione della causa non è preso in considerazione che quando l'obbligato è minore, o ch'essendo maggiore, giustifica ch'è stato sorpreso ed ingannato.

» Portalis dice, che un avvocato generale del Parlamento di Parigi à stabilito, con ragione, il principio che la dichiarazione del maggiore diviene una causa sufficiente. Non è che per i minori, che la causa dev'essere provata

» L'articolo è adottato » — Locrè, t. 6, p. 78 e 79, n. 27.

Si raccoglie dalla riferita discussione, che quando in un biglietto, si dice, *dichiaro di dovere*, la causa dell'obbligazione è nella dichiarazione di *dovere*; perciocchè chi si obbliga dichiarando di *dovere*, si obbliga pel motivo stesso che deve, per una giusta causa presunta. Spetta in conseguenza al debitore di provare che l'atto non à alcuna causa, e non può addurre la sola pruova testimoniale contro il contenuto dell'atto da cui risulta la ricognizione del debito, art. 1295. Su di ciò convengono Toullier, t. 6, n. 175, e Duranton, t. 10, n. 353 e 357. Ma Toullier, estende siffatta regola a tutt'i casi, e Duranton, t. 10, n. 355 e 356 con delle pregevoli riflessioni fa osservare, che quando l'atto non contiene la ricognizione del debito, *dichiaro di dovere;* ma dica semplicemente, *sborserò*, *pagherò alla fine dell' anno mille ducati a Tizio*, in tal supposizione la causa dell'obbligazione non risulta da alcun elemento, e per conseguente spetta al creditore di provare che l'obbligazione à una causa, e può supplire a questa pruova anche con testimoni, poichè l'atto per sè stesso stabilisce una presunzione, un principio di pruova per iscritto, giusta l'articolo 1301.

(1) Una causa illecita è, in materia di obbligazioni, considerata come non esistente. Vien riguardata come illecita una causa, quando è proibita dalla legge, e quando è contraria all'ordine pubblico o a'buoni costumi.

1.° *Causa proibita dalla legge* — I particolari non possono con le convenzioni derogare alle leggi proibitive, art. 7, e per conseguente sono illecite le convensioni contrarie alle leggi di tal ordine. Non debbe perciò considerarsi come illecita una convenzione che è contraria ad una disposizione di legge di puro interesse particolare; e tanto è ciò vero, che quando nelle convenzioni la legge à voluto vietare qualche patto contrario alle sue disposizioni, à curato di dirlo: esempi negli art. 890, 1211, 1428, 1520, 1709, 2126.

Ecco una serie di principali casi di convenzioni illecite, perchè ànno una causa contraria ad una legge proibitiva:

1.° Una convenzione che tendesse a cangiare dopo il matrimonio i patti nuziali, è nulla: *art. 1349*.

2.° Sono nulle le transazioni tra ascendenti e discendenti sulla legittima: *art. 836*.

3.° Una convenzione che à per oggetto di mutare l'ordine legale delle successioni, è nulla: *art. 1343*.

4.° Sono nulle le convenzioni matrimoniali, la cui causa è di derogare a'dritti di patria potestà, ed all'ordine di successione: *art. 1342, 1344 e 1395*.

5.° È proibito il prestito sul nolo futuro del bastimento, sul profitto sperato dalle mercanzie, ed a'marinari su'loro stipendi; *art. 309 e 310 leg. di eccez.*

6.° È proibita la convenzione *de quota litis; l. 53, ff. de pactis; l. 1, § 12 de extraord. cognit.; prammatica 1. de postul.; art. 207 leg. pen.*

7.° Non si può compromettere sulle donasioni ed i lngati a titolo di alimenti, abitazinne e vestiario, sulla separasione tra marito e moglie, sulle quistioni di stato, e sulle controversie nelle quali dee ietervenire il pubblico ministero: *art. 1080 p. e.*

8.° Le rinunzie ell'eredità dell'uomo vivente, e le convenzioni dell'arresto personale contro le donne ed i parenti sono nulle: *art. 708, 836, 1084, 1932.*

9.° Una convenzione con la quale si stabilisce, che eella locasione a soccio il fittajuolo soffra tutta la perdita del bestiame, è vietata: *art. 1657.*

10. Rivocata *ipso jure* una donasione per sopravvegnenza di figli, non si può conveeire che dessa, malgrado la rivocazione, produca il suo effetto: *art. 888 e 889.*

11. La rinuncia che il venditore fa alla lesione oltre la metà, à una causa proibita dalla legge: *art. 1520.*

12. La rinuncia preventiva alla prescrizione è fondata su di uoa causa illecita, perchè proibita dalla legge: *art. 2126.*

13. Non si può coevenire che il venditore non sia tenuto alla garantia risultante dal proprio fatto: *art. 1474.*

14. È proibita le convenzione che attribuisce ad uno de' soci la totalità de' guadagni: *art. 1727.*

15. È proibita la convenzione di rimaoere in comunione: *art. 734.*

17. È proibito l'interesse convenzionale al di la di quello ch'eccede la misura permessa: *art. 1779, e legge del 7 aprile 1828.*

17. Sono vietate le convenzioni che riguardano il giuoco o la scommessa: *art. 1838.*

18. Il contratto di assicurazione è nullo se à per oggetto il eolo delle mercanzie e le coso di cui è parola eegli art. *339 e 340 leg. di eccez.*

— 2.° *Causa contraria a' buoni costumi o all'ordine pubblico — Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet, § 4, Inst. de inut. stipul.* — Non si può al certo fare uoa enumerazione dello convenzioni che debbonsi porre al rango delle obbligazioni fondate sopra causa illecita; è a vedersi ciò che dicemmo nel t. 1, nota 1, pag. 369, ed in questo tomo, noto 2, pag. 234 e 235. Possono impertanto aggiungersi le segueoti osservazioni:

1.° La rinuncia che le parti facessero al dritto di parentela sarebbe nulla, perchè fondata su causa illecita: *jus agnationis non posse pacto repudiari, non magis quam ut quis dicat* NOLLE SUUM ESSE, *Juliani sententia est*; l. *jus* 34, ff. *de pactis.*

2.° Una convenzione relativa all'introduzione delle mercanzie proibite è nulla, come avente una causa illecita: con essa si violano le leggi della dogana; Toullier, t. 6, n. 127.

Ma noe possono dirsi fondate su causa illecita:

1.° I contratti di assicurazione di vita: Toullier, t. 6, n. 182; Pardessus, *droit. comm.* t. 2, *append.*; Grün e Joliet, *Traité des assur. terrestres et sur la vie des hommes*, cap. 8.

2.° Non è illecita una obbligazione sottoscritta da un uomo o favore di una donsella per indennizzarla de' danni cagionatile dalle frequenti assiduità, le quali l'àono impedita di maritarsi; Dalloz, *réc. pér.* 1826, 2, 56.

3.° Non possono dirsi illecite le coevenzioni di cambio, le quali ànno per oggetto di pagare a chi esce alla leva la somma stabilite dal real decreto del dì 21 maggio 1843 per avere un cambio nella milisia; poichè è questo decreto che à stabilito le regole per la buona composisiona dell'armata, ed à provveduto all' interesse de' coscritti.

II. *Se possa confermarsi o ratificarsi una obbligazione senza causa, o fondata sopra falsa causa, o sopra causa illecita* — In quaoto alle obbligazioni senza causa o fondate sopra causa false, Toullier, t. 6, n. 182, dimostra energicamente che desse possono ratificarsi, giusta le disposizioni generali contenute nell' art. 1292: *cujus per errorem dati repetitio est, cujus consulto dati donatio est*; l. 53, ff. *de reg. jur.* — Ma Duranton, t. 10, n. 371, 372 e 373 fa una distinzione tra l'esecuzione de' contratti risgoardanti cose mobili, e que' che si riferiscono ad immobili: nel primo caso, il rilascio avrà per causa una donazione, e la legge permettendo la donasioni manuali, l'esecuzione di ciò che si è rilasciato sana il vizio dell' atto originario. Per ciò che riguerda gl' immobili, Durenton crede, che potrebbe ripetersi il fondo che si è rilasciato, giacchè il rilascio è dipesa da una donazione supposta, ed una donazione d'immobili non è valida se noe è rivestita delle formalità legali — Non sapremmo noi piegarci a siffatta distinzione, perchè tutto il ragionamento di Duranton poggie sulla mancanza di formalità dell'atto di donazione, al quale argomento si è risposto nella nota alla pag. 239, n. V.

Per ciò che riguarda le obbligazioni fondate su causa illecite, Duranton, t. 10, n. 374,

CAPITOLO III.

Dell' effetto delle obbligazioni.

SEZIONE I.

Disposizioni generali.

V. gli art. 1076, 1106, 1118.

1088. Le convenzioni legalmente (1) formate hanno forza di legge per coloro che le han fatte (2).

---

opina che se le due parti, o quella che à fatto la promessa, sono in *turpi causa*, non vi à luogo a ripetizione. Ma se la causa era illecita da parte di colui al quale la promessa era stata fatta, l'obbligazione non può ratificarsi e si à azione a ripetere ciò che si è pagato. Questa dottrina è consona all'antica ed a quella degli altri scrittori: vedi la nota alla pag. 235, parlandosi della *impossibilità civile*.

(1) Sono *legalmente* formate le convenzioni, quando riuniscono le condizioni richieste dall'art. 1062 per la loro validità.

(2) È un canone di ragione dover le convenzioni formare leggi tra le parti, e nel dritto antico trovasi scolpitamente espresso: *Servabitur quod ab initio convenit, legem enim contractus dedit*; l. 23, ff. *de reg. jur.* — *Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*; l. 7, § 7, ff. *de pactis* — *Quid tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt, servare?* l. 1, ff. *de pactis*.

Le azioni quindi che derivano da' contratti prendono origine dalle leggi del tempo in cui l'atto viene stipulato, anche se le obbligazioni fossero condizionali, poichè le condizioni avverate ànno un effetto retroattivo, art. 1132. Merlin, rep. v. *effect retroactif*; Duranton, t. 10, n. 381.

Si è importanto disputato sotto l'impero della nuova legislazione, se *la violazione delle convenzioni legalmente formate, che per l'art. 1088 tengon luogo di legge per coloro che le àn fatte*, dev'esser considerata come una contravvensione alla legge, da aprire l'adito all'annullamento della decisione. Denevers Cancelliere della corte di Cassazione di Parigi nella sua raccolta anno 13, à presentato un riassunto della discussione avvenuta ne' primordi della giurisprudenza, conchiudendo che la Corte avea consacrato la massima, che la manifesta violazione di un contratto formava un adito a cassazione; e questa massima avea per base l'idea di non potersi violare un contratto, senzo violare la legge la quale esige che i contratti sieno eseguiti tali che le parti contraenti li ànno sottoscritti. Ma contro questa giurisprudenza si elevarono le voci de' giureconsulti, e Merlin, con conclusione profferita addì 29 gennajo 1808 (Rép. v. *société*, sez. 2, § 3, art. 2), innanzi alle sezioni riunite della Corte di Cassazione, stabilì una rilevante distinsione. « O esiste una legge, egli » diceva, che determina l'essenza del contratto violato nella stessa sua essenza, od una so» miglievole legge non esiste. Nel primo caso, nessun dubbio che la violazione del con» tratto debba produrre l'annullamento di una sentenza in ultima istanza. Perciò l'art. 1582 » (1427) del codice civile, definendo la vendita, *una convenzione colla quale uno si obbli» ga a consegnare una cosa, e l'altro a pagarla*, è evidente che, se una sentenza in ul» tima istanza decidesse di *non* esservi contratto di vendita validamente formato, là dove » esista nel tempo stesso consenso, cosa e prezzo, questa sentenza dovrebb'essere annul» lata. Perciò l'art. 1584 (1429), stabilendo *che la vendita può esser fatta puramente e » semplicemente, o sotto una condizione, sia sospensiva, sia risolutiva*, è evidente che do» vreste annullare ogni sentenza la quale decidesse, che un contratto di vendita, formata » sotto una condizione sospensiva, non sia obbligatorio, anche quando sia avverata la » condizione — Ma allorchè non esiste una legge che determina l'essenza del contrat» to, che si accusa una sentenza di avere snaturata la volontà de' contraenti, cosa avver» rebbe se, trovando l'accusa fondata, annullereste questa sentenza? Indubitatamente il » tribunale cui rinviereste il merito potrebbe pronunziare una sentenza conforme a quella » che aveste già annullata; e se annullereste anche questa sentenza, il tribunale che chia» mereste per la terza volta a deliberare sul merito, avrebbe lo stesso potere. Ma allora » la legge v'imporrebbe il dovere di farne rapporto al governo per ottenere *un decreto » dichiarativo della legge*. E quale decreto il governo potrebbe pronunziare sul vostro » rapporto?.... Se sotto il pretesto che un errore sopra un punto di fatto, produca neces» sariamente un errore sopra un punto di dritto, la corte può annullare la decisione che

» sarebbe stata guidata all'errore di dritto dall'errore di fatto, qual è la decisione che po-
» trebbe sottrarsi alla cassazione? — Apresi una successione collaterale *ab intestato:* molti
» pretendenti la reclamano; tutti convengano che appartenga al più prossimo parente; e
» non cade difficoltà tra loro, che sulle pruove della parentela o del grado di parentela di
» ciascuno. Una decisione pronunzia su queste pruove, ed aggiudica la successione alla
» parte che stima avere in suo favore la prossimità del grado. Si ricorre contro siffatta
» decisione. Indubitatamente rigettereste, signori, questo ricorso senza esame — Una ven-
» dita d'immobili è impugnata per motivo di lesione. Niuna controversia fra le parti sul
» principio stabilito dall'art. 1674 (1520) che la rescissione debb'essere pronunziata, se
» il venditore sia stato leso al di là di sette dodicesimi (*) nel prezzo. Ma il venditore è
» stato forse realmente leso al di là di questa misura? Le parti aringano su di tal punto,
» e fanno rispettivamente le loro pruove. I giudici poscia pronunziano, decidono esservi
» lesione; e rescindono il contratto. Simiglievole sentenza se è in ultima istanza, potrà
» mai essere annullata, come erronea sul fatto della lesione, o per conseguenza come
» violatrice dell' art. 1674 (1520) del codice civile? Non evvi alcuno che non risponda:
» no, non lo potrà. »

Questa teorica fa mirare nella sua maestosa altezza la istituzione della Corte Suprema, la quale non pronunzia sulla lite, ma sul giudicato; e come diceva energicamente Henrion de Pansey (*de l'autorité judicaire dans le gouvernements monarchiques*, p. 270), la domanda in cassazione è una nuova lite, meno tra le parti che figuravano nella prima, che tra il giudicato e la legge. I giureconsulti quindi àn fatto plauso à siffatta teorica, ed oggi generalmente si crede che non vi sia contravvenzione espressa all'art. 1088, che in un sol caso, cioè quando si giudichi che una convenzione riconosciuta per essere stata legalmente formata non obblighi le parti contraenti. Allora non si viola la sola legge particolare del contratto, ma la legge comune che comanda di doversi le convenzioni rispettare. Ma se i giudici ànno esaminato la convenzione secondo i fatti e le circostanze, vi è stata forse una ingiustizia, una valutazione erronea di questi fatti e di queste circostanze che vulnera l'interesse privato di un litigante; ma però queste accidente non porta alcun attentato alla integrità della legge generale. La violazione *della legge del contratto* non è dunque che un *mal giudicato*, il quale sfugge la censura della Corte Suprema. Toullier, t. 6, n. 192; Berriat, parte 2, lib. 2, sez. 2, tit. 4; Poncet, *des jugemens*, n. 536; Boncenne, *de Histoire de la procedure*, cap. XVII; Duranton, t. 10, n. 379 e 380.

Bisogna però confessare che questi principî non sono stati sempre seguiti dalla nostra Corte Suprema di Giustizia, la quale à più volte annullato delle decisioni per aver dato le Corti del merito alla clausola di un contratto o di un testamento, un senso diverso da quello, che secondo la opinione della Corte Suprema, era contraria alla volontà del testatore o de' contraenti. Ma si vede bene che con tal modo di giudicare si è voluto uscire da' cancelli della istituzione della Corte Suprema, la quale non à poteri di amendare la interpetrazione de' contratti. E se andasse avanti questa teorica, nel caso di tre decisioni conformi delle Corti del merito, in discordanza della Corte Suprema, il Re chiamato a decidere il dubbio di legge, si troverebbe nella necessità d'interpetrare non già la legge, ma le particolari convenzioni de' privati. Per tacere di molti esempî, ci basta il riferire, che surta quistione in una causa importantissima sulla interpetrazione della volontà del testatore, se cioè avea gravato un erede piuttosto che un altro del pagamento di un legato, dopo due decisioni uniformi che aveano in un modo deciso, in senso opposto all'arresto di annullamento, le camere riunite della Corte Suprema con arresto del dì 6 settembre 1830, pronunziarono un secondo annullamento pe' seguenti motivi. « La Corte Supre-
» ma osserva che chiare e precise sieno le parole del testamento di dover l' usufrutto gra-
» vitare.... Le parole bisogna intenderle secondo suonano nel loro senso naturale. Quan-
» do questo si altera, si fa violenza alla volontà del testatore, ed alla disposizione ch'egli
» à fatta se ne sostituisce un'altra. Che quindi a ragione si dolgono i ricorrenti di essersi
» nella specie violato il noto assioma legale, *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet*
» *admitti voluntatis quaestio*, l. 25, ff. *de legat. 3.°* — Che le regole d'interpetrazione non
» possono aver luogo, che quando sia dubbio od ambiguo il senso delle parole; che allora
» l'interpetrazione della volontà divenga quistione di fatto, e come tale sfugga ogni cen-
» sura in linea di annullamento. Che nondimeno il trovare ambiguità e stabilire perciò il
» caso dell' interpetrazione, non sia punto da lasciarsi all' arbitrio de' giudici del merito;
» giacchè in tal guisa non lieve lesione ne sentirebbero le leggi che vegliono all' esecu-
» zione degli atti autentici, e molto più della volontà de' testatori. »

(*) Per l'art. 1529 delle nostre *leggi civili*, la lesione dev'essere oltre la metà.

V. gli art. 878, 1136.

Non possono essere rivocate se non per loro scambievole consenso (1), o per le cause che la legge autorizza (2).

Esse debbono essere eseguite di buona fede (3).

1089. Le convenzioni obbligano non solo a ciò che vi si è espresso, ma

---

Noi non sapremmo certamente approvare siffatto ragionamento. O la volontà era chiara, e due G. Corti civili che avevaola nello stesso senso compresa, non meritavano censura; od era *ambigua*, e le regole d'interpetrazione intese a stabilire il fatto che dalle parti si metteva in controversia, non offrivano elementi di cassazione. Una falsa opinione su la clausola di un atto non è che un errore ordinario che non à alcuna influenza su la sicurezza pubblica, poichè il modo di vedere una quistione varia negli uomini: ciò ch'è una luce abbagliante per uno, non presenta agli occhi di un altro che una luce vaga ed incerta. In somma non si comanda alla convinzione degli uomini, e perciò la legge à proclamato in principio, che le quistioni di fatto sono decise da' giudici del merito con la libertà del criterio morale, e le decisioni per questa parte sfuggono ogni censura. Le camere riunite della Corte Suprema nel proposto caso vedevano *chiara* la volontà del testatore, e la terza Corte, uniformandosi all'avviso delle prime due corti del merito, videro anche *chiara* la volontà del testatore, nel senso opposto alla *chiarezza* con cui vedeva la Corte Suprema. Elevato in conseguenza il dubbio di legge, la Consulta del Regno chiamata per la legge del dì 14 giugno 1824 a dare il parere in affari di tal natura, saviamente osservò che non avea a proporre al Re alcuna interpetrazione di legge, poichè nella specie sottomessa ad esame, non si metteva in controversia il senso della legge, ma quello della volontà del testatore: or il Re non è chiamato ad interporre la sua autorità nella disamina delle particolari convenzioni, ma dall'alto suo seggio spiega l'intelligenza di una legge che à dato luogo alla discordanza.

Sarebbe quindi desiderabile che la Corte Suprema conservasse con iscrupolosa cura le sue alte attribuzioni; siccome energicamente ricordò a questo nobile collegio l'illustre suo avvocato generale Barone Porrilti, con dotta conclusione profferita innanzi alle camere riunite nel dì 18 giugno 1819. Presentavasi alla discussione della Corte Suprema un ricorso per la seconda volta prodotto, dopo un primo annullamento, sulla disamina, se la Corte Suprema interpetrando la volontà del testatore poteva decidere, se la Corte di appello avea ben o male giudicato, che nel secondo grado di un fedecommesso non eravi predilezione di maschi. L'illustre magistrato avvalendosi di ciò che Merlin avea detto nella sua conclusione di sopra riferita, espose bellamente, che un mal giudicato non apre l'adito alla cassazione, poichè essendo la Corte Suprema istituita per invigilare all'esatta osservanza delle leggi positive, la erronea interpetrazione delle clausole del contratto o del testamento, non sarà la legge violata.

Nel chiudere questo importante punto di dritto, osservar conviensi che la Corte Suprema con arresto del dì 11 marzo 1841 (causa *Ferranto* e *Pugliatti*) si è mantenuta alla severità de' principi, quando disse: « il convincimento de' giudici di merito nella interpe» trazione degli atti de' privati non è soggetto a censura, quando anche si supponesse er» roneo. »

(1) *Contraria voluntate dissolvuntur*; § ult. Inst. *quib. mod. tollit. obligat.*, l. 35, ff. *de reg. jur.* Ma lo scambievole consenso delle parti non basterebbe a sciogliere il contratto in pregiudizio de' dritti del terzo, nel caso dell'art. 1075. Similmente non si potrebbe dalle parti rivocare una donazione fatta col peso di restituire a' figli nascituri: vedi la nota alla pag. 171, n. IV, n.° — Del pari le convenzioni matrimoniali non possono ricevere cambiamento dopo seguito il matrimonio, art. 1349.

(2) La legge autorizza a risolvere il contratto, malgrado che non concorra lo scambievole consenso delle parti contraenti, ne' seguenti principali casi:

1.° La lesione oltre la metà, nella vendita degl' immobili; art. 1520.

2.° La convenzione di rimanere in comunione; art. 734.

3.° Il contratto di società si scioglie per la volontà di uno de' soci; art. 1737, n. 5, 1741, 1743.

4.° Il mandato si estingue per volontà di una delle parti; art. 1875.

(3) Con questa dichiarazione il legislatore à voluto diffinire non già che il dolo e la frode non debbono intervenire ne' contratti, perciocchè con gli art. 1063 e 1070 trovavasi di già stabilito che il dolo viziando il consenso, rende nulla l'obbligazione. Ma si è voluto in questo articolo abolire la distinzione che i giureconsulti romani facevano tra i contratti di *buona fede* e que' di *stretto dritto*. Vedi il discorso di Bigot-Preameneu, riferito nella nota alla pag. 221, e Toullier, t. 6, n. 195.

benanche a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso o la legge attribuiscono alla obbligazione secondo la sua natura (1),

V. gli art. 1113, 1127, 1324, 2329, 1347, 1882.

---

(1) La regola generale sugli effetti delle convenzioni, sublimata in legge da questo articolo, è ricavata da Domat (lib. 1, tit. 1, sez. 3, n. 1), il quale ebbe cura di ridurre a formola un principio di ragione universale da' giureconsulti romani in varie leggi ritenuto. La regola adunque si è, che le obbligazioni accessorie di un contratto, quantunque non espresse, si riferiscono sempre all'obbligazione principale. Abbiamo nella nota in princ. pag. 223, spiegato ciò che s'intende per la *sostanza* e per la *natura* di un contratto. Qui dobbiamo sviluppare il principio, che da tre sorgenti derivano le obbligazioni accessorie all'obbligazione principale; queste sorgenti sono: 1.° *l'equità*; 2.° *l'uso*; 3.° *la legge*.

I. *Dell'equità*— Essendo l'equità il supplemento de' contratti, in conseguenza della regola che le convenzioni debbono eseguirsi di buona fede, ne segue che non v'à alcuna specie di convenzione, nella quale non sia sottinteso che l'uno debba all'altro la buona fede con tutti gli effetti dall'equità richiesti, tanto ne' termini con cui si concepisse la convenzione, quanto per l'esecuzione del convenuto e di tutte le sue conseguenze, l. 2, § ult. ff., e l. 4, C. *de obl. et act.*; l. 31, ff. *deposit. vel contr.*—Così per l'equità naturale è obbligato il socio a prender cura dell'affare comune, quando ne à il maneggio; chi prende in prestito una cosa per farne uso dovè conservarla; il venditore è risponsabile della cosa venduta, quantunque nella convenzione nulla vi sia espresso, l. 11, ff. *de act. empt.* Così nelle convenzioni in cui bisogna fare qualche stima, se la parte siasi rimessa all'arbitrio dell'altra, o di un terzo, si suppone la condizione, che il prezzo verrà arbitrato in un modo ragionevole e conforme all'equità; l. 76, ff. *pro socio*; l. 24, ff. *loc.* L'equità io somma supplemento de' contratti à fatte proclamare le regole: 1. Che nelle convenzioni colui che sopporta il peso di una cosa, deve ricavarne il profitto: *secundum naturam est, cujusque rei eum sequi comoda, quem sequentur incommoda*; l. 10, ff. *de reg. jur.*; Inst. *de empt. et vend.* § 3; l. 13, § 1, ff. *comodati*—2. Che niuno deve arricchirsi a spesa altrui: *neminem cum alterius detrimento, et injuria fieri locupletiorem*; l. 206, ff. *de reg. jur.* Domat, l. 1, tit. 1, sez. 3, n. 1, 10 e 11; Toullier, t. 6, n. 334 a 339.

Debbesi impertanto tener presente una regola fondamentale di dritto, che i giudici non possono sotto il pretesto di equità allontanarsi da quanto dalle parti trovasi espressamente statuito. L'equità è il supplemento delle convenzioni, è una conseguenza della buona fede inerente ad ogni convenzione: si presume che le parti abbiano tacitamente convenuto su ciò che non trovasi espresso nella convenzione. Ma quando la convenzione è chiara, non è lecito al giudice di dare disposizioni in un modo diverso da quello che si è convenuto. Bisogna dire delle convenzioni, ciò che dicesi delle leggi, *non si deve sostituire la presunzione del giudice a quella della legge*. Sono inibite le corti pretorie (insegnava Bacone *de just. univers.*, aphor. 44), a profferir sentenza, *sotto qualsiasi pretesto di equità, in opposizione di espliciti statuti*. Un giudice che in tal modo si comportasse, di legislatore invaderebbe l'autorità, e tutto all'arbitrio declinerebbe. V. Toullier, t. 1, n. 149, e t. 6, n. 338: v. la nota all'art. 1109.

II. *L'uso*—L'uso è di sì grande autorità, che è bene spesso il supplemento più naturale delle leggi, e per tal motivo il codice rinvia spesso agli usi locali, come si raccoglie dagli art. 567, 584, 592, 595, 1113, 1494, 1582. Per il che le clausole di uso, benchè non espresse, si reputano sottintese ne' contratti, art. 1113. *In contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis*; l. 31, §, ff. de *de aedilitio edicto*. Così, p. e., in un contratto di affitto di una casa, se non si è espresso il modo del pagamento, si deve a questo riguardo osservare l'uso de' diversi paesi. Domat, l. 1, tit. 1, sez. 3, n. 1; Processo verbale del Consiglio di Stato nella discussione dell' articolo 1089, in Locré 6, p. 79, n. 32; Toullier, t. 6, n. 339.

III. *La legge*—È in fine la *legge* il supplemento de' contratti, allorchè le parti non vi abbiano derogato. Così, è la legge che nella vendita degl' immobili autorizza la rescissione per lesione, art. 1520; stabilisce la *garantia* in caso di evizione, art. 1472; stabilisce talune obbligazioni nel caso dell'art. 1324; dichiarò che chi promise una servitù, si presume di aver accordato tutto quello che è necessario per usarne; art. 617: è lo stesso della fidejussione, art. 1888.

Evvi ancora dippiù: la legge serve sovente di contratto alle parti, allorchè abbiano interamente guardato il silenzio. Così gli art. 1346 e 1347 regolano l' associazione conjugale in quanto a' beni, nel silenzio delle parti contraenti.

SEZIONE II.

Della obbligazione di dare.

V. gli art. 1100, 1146, 1199, 1200, 1256, 1450, 1457.

1090. L'obbligazione di dare include quella di consegnar (1) la cosa (2), e di conservarla sino a che sarà consegnata, sotto pena del risarcimento de' danni e degl'interessi verso il creditore.

V. gli art. 1135, 1337.

1091. L'obbligo di vegliare alla conservazione della cosa, tanto se la convenzione abbia per oggetto solamente l'utilità di una delle parti, quanto se abbia per oggetto la loro utilità comune, sottopone colui che ne ha il carico, ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia (3).

---

(1) Gli art. 1451, 1452 e 1535 indicano gli atti che costituiscono consegnazione degl' immobili e mobili venduti, e de' crediti trasferiti.

(2) Nel tempo e luogo convenuto, al creditore o a colui che abbia facoltà di riceverla, art. 1192, 1200. Pothier, *obl.*, n. 141; Toullier, t. 6, n. 200.

(3) Gl'interpetri del dritto romano stabilivano tre gradi di colpa; val dire colpa grave, *culpa lata*; colpa lieve, *culpa levis*; colpa levissima, *culpa levissima;* e Pothier (*obl.* n. 142) riduce a tre le regole sulla risponsabilità delle colpe ne' contratti (*). Si è dubitato dagli autori moderni, se questa classificazione delle colpe insegnata dagl' interpetri del dritto romano sia stata mantenuta dal codice. Toullier, t. 6, n. 230 a 235 esaminando a lungo la quistione, intende dimostrare col ravvicinamento degli art. 1090, 1091, 1336 e 1337 che la distinzione delle colpe è abolita e l' art. 1090 rigetta formalmente la regola stabilita dagl'interpetri tra i contratti *in quibus utriusque partis, vel unius tantum versatur utilitas.* Ma Proudhon (*de l'usufruit*, n. 1487 a 1523) à scritto una profonda dissertazione sulla materia, con la quale à voluto confutare la dottrina di Toullier, che per altro meritamente saluta col titolo *Pothier moderno.* Egli à impreso a dimostrare che l' antica teoria sulla risponsabilità attaccata dalla legge civile alle diverse specie di fatti, è stata considerabilmente modificata dagli autori del codice; ma che le regole sulle diverse specie di colpa sono una guida che la teoria presenta al giudice, che deve pronunziare su queste materie. La distinzione tra colpa *grave, lieve e levissima* è fondata sulla ragione, perchè è nella natura delle cose, che le colpe sieno più e meno gravi, secondo le circostanze, e secondo i doveri più o meno rigorosi a' quali un uomo può aver mancato. È ne' principi dell'equità naturale, che l'uomo che abbia commesso una colpa leggerissima, non sia trattato con la medesima severità di colui che siasi renduto colpevole di un fatto grossolano. Passa indi Proudhon a dimostrare che nel codice medesimo esistono le tracce della distinzione della colpa, come si raccoglie dagli art. 721, 1328, 1799, 1800. La dissertazione del sig. Proudhon merita di esser meditata, perchè spande molta luce in una materia ardua—Veggasi altresì l'applicazione che fa Cujacio delle diverse specie di colpe a' contratti particolari: *coment.* sulla l. 23, ff. *de reg. jur.*—Duranton, t. 10, n. 399 a 416, ritiene come utile le dottrine del dritto romano, e che posson servir di guida a' giudici nell'applicazione de' casi particolari.

(*) Ecco le parole di Pothier: « La legge 5, § 2, ff. *commodat.*, stabilisce la regola, che quando il contratto non riguarda che la sola utilità di colui al quale la cosa debb'esser data o restituita, il debitore ch'è a ciò obbligato, non è tenuto che ad usare la buona fede per la conservazione della cosa, e per conseguenza non incontra altra obbligazione a tale proposito che quella della colpa lata, che per la sua gravezza tiene luogo di dolo: *tenetur dumtaxat de lata culpa et dolo proximo.* Per esempio, un depositario non è tenuto ad usare che la buona fede per la conservazione del deposito che gli è stato confidato, e ch'egli è obbligato di restituire; perchè il contratto di deposito si fa per la sola utilità del deponente, cui il depositario si è obbligato farne la restituzione.

Se il contratto concerne la utilità comune de' contraenti, il debitore è tenuto di avere per la conservazione della cosa che deve, la cura ordinaria che le persone prudenti ànno pe' loro affari, ed è perciò risponsabile della colpa lieve. Per questa colpa, per esempio, è tenuto il venditore rispetto alla cosa venduta che si è obbligato consegnare; il creditore riguardo alla cosa che à ricevuto in pegno, alla cui restituzione si è obbligato; perchè questi contratti di vendita e di pegno si fanno per l'utilità rispettiva de' contraenti.

« Se il contratto non è fatto, che pel solo vantaggio del debitore, come il comodato, egli è obbligato ad usare per la conservazione della cosa, non solamente una ordinaria, ma la più diligente cura possibile; perciò risponde della colpa più leggiera. »

Quest' obbligo è più o meno esteso relativamente a taluni contratti, i di cui effetti a questo riguardo sono spiegati ne' rispettivi titoli (1):

1092. L'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso de' contraenti (2).

V. gli art. 632, 862, 1095, 1428.

Tale obbligazione costituisce proprietario il creditore, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui dovrebbe esser consegnata, quantunque non sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora a consegnarla: nel qual caso la cosa rimane a di lui rischio (3).

V. gli art. 1090, 1146, 1138, 1156, 1335, 1450, 1460, 1550, 1759.

1093. Il debitore è costituito in mora tanto colla intimazione o altro atto equivalente, quanto in virtù della convenzione, allorchè essa stabilisce che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcun fatto (4).

---

(1) Per la tutela, vedi l'art. 373 e 1324; per l'usufrutto, l'art. 543; per l'eredità beneficata, l'art. 721; pel gestore de'negozi, gl'art. 1326 e 1328; per la locazione, gli art. 1574, 1578 e 1652; per il prestito, gli art. 1752 o seg.; per il deposito, gli art. 1799 e 1800; per il mandato, gli art. 1864, 1866 *ll.cc.*, e 101 e 208 *leg. di eccez.*; per il pegno, gli art. 1949 e 1950; per l'coliteusi, l'art. 1702. Il contratto di vendita si è lasciato sotto l'impero de' principî generali, art. 1470.

(2) I. Vedi nel t. 1, nota 2, p. 241. Qui aggiungiamo, che l'obbligazione di consegnare la cosa costituisce, *fra le parti*, proprietario il creditore. Diciamo *fra le parti*, poichè in quanto a'mobili, fra due acquirenti è certamente preferito il possessore, art. 1095; ed in quanto agli immobili, quantunque risultasse dal complesso degli art. 632, 1092, 1094, 2076, 2081, che fra due acquirenti della stessa cosa è preferito colui che à il primo acquistato con un titolo che à data certa, il decreto del 31 gennaio 1843, riformando in questa parte la legislazione civile, à richiesto la trascrizione come un mezzo necessario pel trasferimento della proprietà. Onore adunque al nostro legislatore che à adempito ad una grande missione. Egli à osservato che senza pubblicità delle contrattazioni non può esservi sicurezza negli affari. Chi non vedeva gli errori, gl'imbarazzi, le complicazioni che, a'termini dell'art. in esame, nascevano dal trasporto intellettuale della proprietà per mezzo della nuda convenzione, senza che verun fatto materiale esterno venisse ad effettuare l'obbligazione, a compierla, a darle un corpo, senza che la cosa promessa passasse effettivamente dalle mani del debitore in quelle del creditore? Per il che all'epoca della revisione del codice, questo art. dev' essere riformato, a messo in armonia col decreto del 31 gennajo 1843.

(3) I. La cosa è a rischio del creditore, se il debitore non è in mora, nelle obbligazioni di *dare*; ma nelle obbligazioni di *fare* rimaste senza esecuzione, anche senza colpa dell'obbligato, questi non può domandare quello che gli è stato promesso, nè ritenere quello che gli fosse stato pagato. Egli il domanderebbe, o il riterrebbe senza causa; l. 5, princ. ff. *de condict, causa dat., caus. non secuta;* Duranton, t. 10, n. 469.

II. Sonovi in questo secondo comma dell' articolo 1092 due vizî di compilazione a notare:

1.° Il primo si è, che metta la cosa a rischio del proprietario, *dal momento in cui avrebbe dovuta esser consegnata;* dalle quali parole potrebbe dedursi, che nelle obbligazioni *a termine*, la perdita della cosa prima della scadenza non sarebbe a rischio del proprietario. Ma si vede bene che non è questo il senso della legge, perciocchè nelle obbligazioni a termine, l'obbligazione di consegnare nasce dal momento del contratto, quantunque non possa chiedersene l' esecuzione che alla scadenza. Il termine non sospende l' obbligazione, dice l' art. 1138, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione. Dunque, non ostante il termine, la proprietà è trasferita, e la cosa rimane a rischio dell'acquirente sin dal momento del contratto, a differenza delle obbligazioni condizionali, nelle quali l'obbligazione di consegnare non esiste finchè la condizione non sia arrivata. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 215; Toullier, t. 6, n. 202; Duranton, t. 10, n. 420, 421.

2.° Il secondo vizio di compilazione è notato da Toullier, t. 7, n. 460, ne'seguenti termini: « Questo art. dice che l'obbligazione di consegnare la cosa costituisce *proprietario* il creditore; ma non distingue le cose certe e determinate dalle cose incerte ed indeterminate. Per rendere esatta questa compilazione bisognava dire:

» L'obbligazione di consegnare *una cosa certa e determinata* costituisce proprietario il
» creditore col solo consenso delle parti, ancorchè la tradizione non sia seguita. In quanto
» alle cose *incerte ed indeterminate*, il creditore non ne diviene proprietario se non quando sono divenute certe, o quando il debitore le à determinate, ed è fatto a lui conoscere
» in valida forma la sua determinazione ».

(4) La mora produce due effetti: 1.° Mette la cosa a rischio del debitore, art. 1092; 2.° Obbliga il debitore medesimo a' danni interessi, art. 1100. L'art. in esame à per og-

V. la nota 2, p. 247 e gli art. 1428, 1452, 2071, 2075, 2076, 2081.

getto di diffinire in generale, quando il debitore è in mora. Le altre disposizioni circa la mora sono contenute negli art. 1099, 1100, 1137, 1140, 1141, 1158, 1181, 1197, 1198, 1200, 1256, 1257, 1521, 1502, 1508, 1689, 1784, 1801. Dal complesso di tutte queste disposizioni, è qui il luogo di discorrere la importante teorica sulla *mora*, suddividendo questa nota in 3 §. Nel primo esporremo la storia della legislazione e della giurisprudenza in siffatta materia. Nel secondo presenteremo i principî della legislazione vigente, e quando secondo essa si può incorrere nella mora. Nel terzo parleremo della purgazione della mora.

I.

Storia della giurisprudenza sulla mora.

I. Le obbligazioni possono essere pure o semplici, a termine o condizionali, § 2, Inst. *de verb. obligat.* Le pure o semplici mettono il debitore nella necessità di adempire nel momento del contratto, l. 14, ff. *de reg. jur.* Le obbligazioni a termine obbligano il debitore ad eseguire alla scadenza, art. 1138. Le condizionali dal momento in cui si è avverata la condizione, art. 1132. Il debitore adunque che non esegue nel momento in cui l'adempimento gli è imposto dalla convenzione, dicesi in *mora*; e la mora per conseguente non è altro, dice Voet (*ad pandect.*, l. 22, tit. 1, n. 24) che una frustranea dilazione di dare, di fare e di non fare qualche cosa; o come osserva Cujacio ne' paratitli su detto titolo: *mora est culpa non respondendis ad conventionem opportunam creditoris, vel debitoris.* E siccome quando si chiede se la mora siesi verificata, *de facto quaeritur, non de jure*, l. 32, ff. DE USUR., così il verificare se nella mora siesi incorso, appartiene al giudice, poichè è generalmente una regola, che quelle cose che sono di fatto, sono nell'arbitrio del giudice: Cujacio, sulle l. 24, *de reg. jur.*, e sulla l. ult. C. *de sentent.*, lib. 7, tit. 47.

II. La mora per dritto romano era *ex persona*, ed altra *ex re*.

La mora era *ex persona*, quando la convenzione non fissando alcun termine per l'esecuzione dell'obbligazione, il convenuto non adempiva in seguito della interpellazione fattagli dal creditore: avanti dunque l'interpellazione, il debitore non era in mora, perchè sino alla interpellazione non contraveniva alle leggi della convenzione; l. 32, ff. *de usuris et fructibus*; Nood, *de foenorib. et usur.*, lib. 3, cap. 9; Voet, lib. 22, tit. 1, n. 25.

La mora era *ex re*, quando le parti avendo convenuto sul tempo della esecuzione, o esprimendo la convenzione una clausola risolutoria, l'obbligato, scorso il termine stabilito, non adempiva. Incorreva in questo caso il debitore in mora, quantunque non interpellato per l'adempimento, poichè la convenzione stabilendo il tempo, il giorno avvertiva il debitore: *dies interpellabat pro homine*. Giustiniano togliendo tutte le ambiguità delle antiche leggi, prescrisse a chiare note questo punto di giurisprudenza con la l. 12, C. *de contrah. et committ. stipulat.* Conseguentemente a questa regola, il dritto romano stabiliva, che la clausola risolutoria della vendita, per difetto di pagamento, nel termine stabilito nel contratto, aveva il suo pieno ed intero effetto, anche senza interpellazione precedente da parte del venditore; ed il compratore non era giammai ammesso a purgare la sua mora; l. 4, § 4, ff. *de lege commissoria*, e Voet su questo titolo, n. 30. Sicchè dunque per dritto romano; quando il contratto non fissava alcun termine per l'esecuzione dell'obbligazione, la interpellazione metteva in mora il debitore; ma quando il contratto prefiggeva il giorno della soddisfazione, o pure esprimevano le parti una clausola risolutoria, finita la dilazione, o avverato il caso della risoluzione, il debitore era incorso nella mora, senza bisogno d'interpellazione.

III. Gli esposti principî del dritto romano soffrirono qualche modificazione nell'antica giurisprudenza del regno, per la ragione che sulla mora il dritto canonico variò dal dritto civile, ed i tribunali si avvezzarono bene spesso ad adattare la equità canonica anche ai patti rescissorî espressi. Sulle tracce di queste teorie, i tribunali si prendevano l'arbitrio di modificare le convenzioni delle parti, o di giudicare, che la clausola espressa ne' contratti che il debitore per la sola scadenza era in mora, che non pagando gl'interessi in pendenza della dilazione, il contratto era risoluto *ipso jure*, non era che *comminatoria*, val dire non si eseguiva a rigore. E quantunque il debitore avesse espressamente rinunciato alla purgazione della mora, questa clausola reputavasi altresì unicamente come comminatoria. Servivano di base a questa maniera di giudicare, una decretale di Gregorio IX. (cap. *potuit* 4, XVIII. *de locat. conduct.*); una decretale d'Innocenzo III. (cap. 9, X. *de poen.* cap. 11, X. *de const.*); il capitolo 130 di Carlo Duca di Calabria, e la prammatica del 1738 *de forma et ordin. judic.* Noi ritorneremo su questo punto nel § 3, ragionando della purgazione della mora.

son regolati nel titolo *della vendita*, ed in quello *de' privilegj e delle ipoteche.*

II.

Della mora, e quando vi s' incorre secondo il codice moderno.

I. L'art. 1093 indica i casi in cui il debitore è in mora, e la sua disposizione si applica non solo alle obbligazioni di dare, ma a qualunque specie di obbligazione, art. 1100; Toullier, t. 6, n. 246; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 217. L'art. 1099 stabilisce quando si è in mora nelle obbligazioni di non fare; ed in vari articoli la mora trovasi *ipso jure* pronunziata dalla legge. Raccogliendo adunque, si può stabilire la regola, che secondo la legislazione vigente s'incorre nella mora in quattro casi: 1.° Per effetto della convenzione; 2.° Per disposizione di legge; 3.° Per l'inadempimento nel caso dell'art. 1100; 4.° Per la intimazione o altro atto equivalente.

II. *Mora per effetto della convenzione.* — Abbiamo visto nel § precedente, che per dritto romano, la sola scadenza del termine o l'avveramento della clausola risolutoria espressa nel contratto, metteva in mora il debitore. Secondo l' art. 1093 non basta la scadenza del termine per mettere in mora il debitore, ma la legge vuole che la convenzione stabilisca *che il debitore è in mora per la sola scadenza del termine, senza necessità di alcun fatto.* « Allorchè, disse Bigot Preameneu, nell' *esposizione de' motivi*, alla prefissa epoca onde fare la consegna, il creditore resta nell' inazione; allorchè al debitore non fa, onde provocarlo al pagamento, una intimazione od altro atto equivalente, si presuma che non abbia avuto intenzione di avere la consegna in termine; è calcolato come se avesse seguito la fede del debitore, e la cosa deve restare a rischio del creditore.

» Dalla giurisprudenza era stato stabilito che tale presunzione non deve cessare neppure nel caso in cui la convenzione porti non solo il termine della consegna, ma pure che senza esservi bisogno di atto, e per la sola scadenza del termine, il debitore sarà caduto in mora. Il creditore che in questo caso non eseguisse alla scadenza veruna formalità per costituire in mora colui che deve, non fa che conformarsi alle sue convenzioni. Non si può dunque presumere che egli abbia rinunziato. Questa convenzione deve perciò venir eseguita ». Locrè, t. 6, p. 153, n. 34.

— Due quistioni si sono elevate su questa parte dell'art. 1093 concernente la mora per effetto della convenzione:

1.° Se sia sufficiente esprimere nella convenzione che il debitore sarà costituito in mora *per la sola scadenza del termine*; o faccia d'uopo aggiungere indispensabilmente *senza bisogno di alcun atto.* Delvincourt, lib. 3, tit 5, nota 219 osserva, che la prima frase comprende la seconda: il dire che la sola scadenza del termine costituisce il debitore in mora, è dire sufficientemente che non à bisogno di alcun atto. Dall'altra parte Toullier, t. 6, n. 249, e Duranton, t. 10, n. 441 sostengono, che nelle leggi non bisogna supporre pleonasmi; ed avendo l' art. 1093 richiesto che la convenzione stabilisca la mora *per la sola scadenza del termine, senza bisogno di alcun atto*, sarebbe una imprudenza non aggiungere la circostanza *senza bisogno di alcun atto.* Del resto eglino convengono, che difficilmente potrebbe cassarsi una decisione che pronunziasse la mora, quantunque nella convenzione non si fosse detto, *senza necessità di alcun atto.*

2.° La seconda quistione si è, se nelle obbligazioni di dare il debitore è in mora per la sola scadenza del termine, quando il creditore non provi di essersi presentato nel giorno e nel luogo indicato pel pagamento, sia dalla convenzione, sia dalla legge. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 219 sostiene, fondandosi sugli art. 1210 e 1211 n. 6, che il debitore si presume in mora fino a che non à fatto della offerta, e quantunque nulla provi che il creditore si è presentato per ricevere il suo pagamento. Ma Toullier, t. 6, n. 249 e 261, e Duranton, t. 10, n. 442 sono di contrario parere, per la ragione che, dopo la scadenza del termine, il debitore deve pagare nel modo prescritto dall' art. 1200. Or il creditore deve provare con un atto di essersi presentato, e di essere il debitore assente, o di essersi negato a pagare. Poco conchiudente è l'argomento che si ricava dagli articoli relativi all' offerta reale, poichè questi art. dispongono del caso in cui il debitore vuole farsi attore pel pagamento; ma nel caso in esame, la legge non pronunzia la mora per non avere il debitore fatto l'offerta reale.

III. *Mora per disposizione di legge*—Sonovi de' casi in cui la mora è di pieno dritto pronunziata dalla legge: così:

1.° Nelle vendite di derrate e di cose mobili lo scioglimento della vendita per mancanza di pagamento del prezzo avrà luogo *ipso jure*, e senza intimazione a pro del venditore, spirato il termine stabilito per la tradizione; art. 1523.

V. gli art. 475, 1193, 1452, 1453, 2183.

1093. Se la cosa che taluno si è obbligato di dare o di consegnare suc-

---

2.° Il termine fissato per esercitare la facoltà di ricompra è perentorio; art. 1507 e 1508.

3.° Nel comodoto, il comodatario è costituito in mora per la sola scadenza del termine; art. 1753.

4.° Il debitore di una rendita costituita in perpetuo che non paga le annualità pel corso di due anni, può esser costretto al riscatto, senza poter essere ammesso alla purgazione della mora; art. 1784, Toullier, t. 6, n. 250 e 559.

5.° L'aggiudicatario che non paga il prezzo nel termine stabilito dalla legge, è in mora *ipso jure*; art. 141, 142 e 143 della legge di espropriazione forzata del 29 dicembre 1828.

6.° Il ladro si reputa in mora di soddisfare all' obbligazione che à contratta pel furto commesso, senza che sia necessaria alcun' istanza giudiziaria, l. ult. ff. *de condict. furtiva*; Pothier, *oblig.* n. 144; art. 1256; Toullier, t. 7, n. 468 (*), Duranton, t. 10, n. 452.

IV. ***Mora pel solo inadempimento dell'obbligazione*** — È il debitore in mora pel solo fatto dall' inadempimento, quando la cosa che si era obbligato di dare o di fare non poteva essere data o fatta, se non in un determinato tempo ch' egli à lasciato trascorrere, art. 1100. Trattasi in questo caso più di una quistione di fatto, che di dritto, *cum sit magis facti quam juris*, l. 32, ff. *de usuris*. Per esempio, se io ho incaricato un patrocinatore di fare per me una opposizione o di appellare da una sentenza che mi pregiudicava, ed egli abbia lasciato spirare i fatali senza farla, è tenuto a' danni-interessi cagionatimi, sebbene io non abbia avanzato domanda contro di lui perchè la facesse; poichè il tempo in cui non doveva ignorare che l'opposizione o l'appello dovea esser fatto, l'interpellava abbastanza: Pothier, *obligat.* n, 147; Toullier, t. 6, n. 151 — Del pari, quando si è promesso di rimettere tal mercanzia in un tal tempo, per una tal fiera, se la spedizione non è fatta al tempo convenuto, si può ricusarla senza che perciò vi sia stata veruna interpellazione. Tali sono pure altre convenzioni, le quali vogliono esser eseguite nel tempo marcato: tale sarebbe, p. e., quella con la quale si fosse convenuto con un artefice di puntellare incessantemente un edificio che minaccia imminente ruina; egli è certo che non è necessario in questo caso una intimazione per costituirlo in mora; il semplice fatto del suo ritardo basta perchè io sia autorizzato a ricorrere ad altri ajuti. Pothier, *obligat.* n. 162; Toullier, t. 6, n. 151; Repert. di Merlin, v. *demeure*.

V. ***Mora per l'intimazione o altro atto equivalente*** — L'intimazione dev' essere notificata da un usciere o da un notaio competente, art. 1211 e 1212. Per *atti equivalenti* di cui parla l'art. 1093, non si può intendere una interpellazione verbale per la quale non sarebbe ammessibile alcuna pruova, ma atti scritti, come sarebbero una citazione per tentativo di conciliazione contenente intimazione di pagare, art. 2151; una dichiarazione autentica o privata della interpellazione ch' è stata diretta, e finalmente ogni atto scritto capace di certificare che il debitore è in mora di eseguire la sua obbligazione. Toullier, t. 6, n. 253; Duranton, t. 10, n. 441.

Avvertasi però che l'intimazione o altro atto equivalente non basta; ma è necessario una domanda per costituire in mora il debitore a far correre gl' interessi, allorchè l'obbligazione à per oggetto una somma di danaro. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 220 e 244. Vedi la nota all' art. 1107.

III.

Della purgazione della mora.

Per ben diffinire una materia che à tanto richiamato l'attenzione degli antichi e moderni giureconsulti, non che quella delle Corti d'Italia o di Europa, bisogna rimontare agli antichi principi, per indi discernere se la nuova legislazione li abbia in questa parte modificati. Per il che noi discorreremo 1.° La storia della giurisprudenza sulla purgazione della mora: 2.° La teorica della nuova giurisprudenza sulla stessa materia: 3.° Quando la mora si purga per fatto del creditore.

1.°

Antica giurisprudenza sulla purgazione della mora.

I. I contratti in generale o contengono semplicemente un giorno certo convenuto per l'adempimento, o esprimono una clausola risolutoria nel caso che la parte obbligata non

---

(*) Il ladro può purgare la mora con l'offerta, così che se dopo l' offerta viene la cosa rubata a perire, il ladro non è tenuto, perciocchè la l. 2, ff. *de condictione furtiva* stabilisce che il ladro è tenuto *si res perierit ante oblationem* V. Cujacio, sul tit. del Codice *de condictione furtiva*.

cessivamente a due individui, è puramente mobile, quegli fra di essi, cui

---

adempie alle condizioni apposte nel contratto. Quando il contratto prefigge solo il giorno della soddisfazione senz' altro patto, se incontinente dopo finita la dilazione accordata, il moroso viene ad effettuar la sua promessa, è dell' ufizio del giudice ammetterlo a soddisfare, purchè non ne soffra alcun interesse colui, al quale si è fatta la mora. È questa una regola di equità adottata in molti responsi, e particolarmente da Scevola nella l. 135, § 2, ff. *de Verb. obligat.* Diversamente accadeva, allorchè la risoluzione erasi dalle parti convenute: trascorso il tempo stabilito, il giudice non poteva alterar la convenzione, la quale dovea essere sciolta, tostochè i patti non venivano puntualmente eseguiti; l. 12, C. *de contrah. et commit. stipulat.*—In somma il dritto romano non riprovava le clausole risolutorie, e niun arbitrio era dato al giudice di modificarle, o di accordar dilazione. Voet, *ad pandectas*, tit. *de usuris*, n. 31.

Ciò non pertanto negli antichi contratti portanti clausola risolutoria, le parti solevano, per ovviare a tutte le sinistre interpetrazioni di dritto, aggiungere comunemente ne' contratti la rinunzia espressa alla purgazione della mora. E malgrado questa rinuncia, e le disposizioni precise del dritto romano, dagl' interpetri e da' tribunali disputavasi: 1.° Se ne' contratti di mutuo ad interesse, di annue rendite costituite per un capitale che il mutuante si obbligava a non ripetere (v. nel 2, nota a, p. 132), di annue rendite costituite per concessione de' beni immobili, come nell' enfiteusi, ed in tutte le altre obbligazioni di dare, se erasi convenuto il patto rescissorio per l' inadempimento di una delle parti, a' suoi doveri, vi era luogo a purgar la mora? Se erasi alla purgazione della mora rinunciato, valeva questo patto, in modo che la sola scadenza del termine risolvera il contratto, ed il giudice non poteva accordar dilazione?

Capecelatro, nella decisione 30, lib. 1, riferisce ampiamente la storia della discussione, e coloro che ammettevano la purgazione della mora, non ostante il patto in contrario, si fondavano, tra l'altro, su' seguenti argomenti: 1.° Sulla equità canonica derivante dalla decretale di Gregorio IX. (cap. *potuit* 4, XVIII. *de locati conducti*) e da quella d'Innocenzo III. (cap. 9, X. *de poen.* cap. II. X. *de const.*): 2.° Sul capitolo 130 di Carlo d'Angiò duca di Calabria, che proibiva la rinuncia alla purgazione della mora: 3.° Sulla prammatica del 1738 *de forma et ordine jud.*, la quale nel § 16, accordava a' debitori un termine di 10 giorni dopo la scadenza del termine convenuto pel pagamento degli interessi de' capitali. 4.° Sulla giurisprudenza ultima del Sacro Regio Consiglio e della Rota Romana, che ammettevano alla purgazione della mora, quante volte danno non soffriva il creditore; e sebbene nel senso contrario decideva il Sacro Consiglio ne' tempi di Matteo d'Afflitto, *mutantur tempora*, dice Capecelatro nel luogo citato, *mutantur personae et omnia; cum nihil sit sub sole perpetuum*—Anche ne' parlamenti della Francia prevalse questa giurisprudenza, come può vedersi in Merlin, *Rep. v. clausole risolutoire.*

Per l' opposto si diceva in sostegno della opinione rigida: 1.° Che l'equità canonica non era adattabile a' patti rescissori espressi: si cita in sostegno di questa proposizione una decisione della Rota Romana riferita dal cardinal Puteo, lib. 3, decis. 61, ed allegata da Vivio decis. 352, n. 9, ed altre decisioni uniformi riferisce Ricc. *collect. decis.* 145, ed il cardinal de Luca, *de emphyteus. disc. 46*, n. 11; 2.° Che il Sacro Consiglio sulla mora siesi attenuto al dritto civile e non al dritto canonico, secondo la decis. 174 di Afflitto, e corrispondono a questa altre decisioni della Rota Fiorentina ed Anconitana (D. *rot. flor. decis. 61*, Amat. *decis. ancon. decis. 10*, e. a): 3.° Che il capitolo del Duca di Calabria scritto per la mora giudiziaria non offre alcun argomento di analogia per estendersi a' patti risolutivi; 4.° Che non a proposito s'invoca la prammatica del 1738, la quale non à contemplato la clausola risolutiva, ma la dilazione circa la soddisfazione delle terze e degli interessi a giorno; 5.° Che Grammatico, Caravita (*ad rit. Gramm. consil. 19, n. 8*) e de Marinis, (*resolut.* lib. 1, cap. 271) scrittori di gravissima autorità, insegnavano di non aver i giudici facoltà di ammettere il debitore, contro il patto, a purgare la mora.

2.°

Principi della legislazione vigente sulla purgazione della mora,
e giurisprudenza che n' è derivata.

La medesima controversia che agitavasi nell' antico foro sulla purgazione della mora, si è riprodotta sotto l'impero del codice civile, e può al certo dirsi che ancora *lis sub judice est.* Bisogna per altro convenire, che dagli scrittori francesi non è stata a fondo trattata quest' materia, sulla quale l'antica giurisprudenza napoletana era ricca di preziosi

ne fu dato il possesso reale, sarà preferito e resterà proprietario, ancorchè

---

documenti. Faremo pertanto una rapida analisi delle due opinioni insorte e degli argomenti che possono rispettivamente invocarsi.

I. *Argomenti per la purgazione della mora, non ostante la clausola risolutiva avvalorata dalla rinuncia espressa*—Si possono dare i seguenti argomenti in appoggio di questa dottrina:

1.° L'art. 1136 definisce la condizione risolutiva, e l'art. 1137, nel dichiarare che tal condizione è sempre sottintesa ne'contratti sinallagmatici, soggiunge che il contratto non è risoluto *ipso jure* e può accordarsi al convenuto *una dilazione secondo le circostanze.* È chiaro dunque che la legge attribuisce un egual valore alla condizione risolutiva espressa ed alla sottintesa.

2.° L'art. 1197, che permette al giudice di accordar dilazioni al debitore secondo le circostanze, è generale, ed è dettato da vedute di umanità; nè si vede la ragione per cui tal facoltà dovrebbe al giudice esser vietata, solo perchè si legge nel contratto la rinuncia alla dilazione. Un sistema contrario farebbe sì che, da una parte, questa legge di umanità, può, ad arbitrio di ogni creditore divenire assolutamente inutile, se i tribunali fossero ligati da una rinuncia che non si mancherebbe d' inserirs nel contratto; e dall' altra parte, non è giusto che una stipulazione consentita al momento del contratto e nel tempo in cui il debitore non à alcuna ragione di prevedere la sua posizione infelice cui la legge à voluto aver riguardo, possa essere invocata a rigore contro di lui, se delle circostanze impravedute gliele fanno cadere.

3.° La eccezione contenuta negli art. 1502 e 1503 sotto il titolo della vendita, conferma la regola generale.

4.° S'invocano in sostegno di questo assunto i discorsi dell'oratore del Consiglio di Stato di Francia sig. Bigot-Preameneu, il rapporto di Favard al Tribunato, e 'l discorso del Tribuno Mouricault al corpo legislativo, su' motivi degli art. 1183 e 1184 del cod. francese, uniformi agli art. 1136 e 1137 ll. cc.: vedi Locré, t. 6, p. 139, n. 69 e 70; p. 197, n. 61; p. 247, n. 3n.

5.° S'invoca l'antica giurisprudenza, e la regola di dritto che le leggi nuove si spiegano con le antiche.

6.° Finalmente s'invocano gli esempi delle cose giudicate dalle corti di Francia, in Merlin, *Rep. v. clausole resolutoire, rende constituée*, § 12, *e emphiteuse*; e l'autorità di Carré, *lois de proc. civ.* quist. 529; di Delvincourt, lib. 3, tit. 5. nota 300; di Themine-Desmazures, sull'art. 125 (219) proc. civ., n. 139.

II. *Argomenti per la sentenza rigida* — 1.° I patti debbono essere rispettati, ed il giudice non à facoltà di sostituire la sua equità alla volontà de' contraenti. Al più potrà dirsi, che non essendosi stipulata la rinuncia alla purgazione della mora, ma soltanto che il debitore sarà in mora per effetto della scadenza, sia lecito al debitore, avanti che sia messo in mora con una citazione del creditore, soddisfare volontariamente alle sue obbligazioni, ed evitare gli effetti della risoluzione del contratto. Imperciocchè quantunque si possa dire, di essere egli sufficientemente avvertito dal contratto, pur tuttavolta il rigore del contratto potendo essere addolcito dalla volontà del creditore, il di lui silenzio fa presumere questa indulgenza, ed una citazione positiva può soltanto impedire o distruggere questa presunzione. Ma una volta citato il debitore, se non adempie, il giudice non può più accordar alcun termine. Se egli lo accordasse in somiglievoli circostanze, commetterebbe una infrazione manifesta del contratto.

2.° La rinuncia poi alla purgazione della mora deve produrre tutto il suo effetto, perciocchè è stato sempre un principio di dritto, *invito beneficium non datur*; l. 69, ff. *de reg. jur.*; che *unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt*, l. 41, ff. *de minoribus.* Che se non si può derogare con delle convenzioni particolari alle leggi che interessano l'ordine pubblico ed i buoni costumi (l. 45, ff. *de reg. jur.*, art. 7, ll. cc.), il beneficio della purgazione della mora ai patti rescissori non interessa che direttamente il debitore, e niente impedisce che non vi si potesse utilmente rinunciare: *cum sit regula juris antiqui, omnes licentiam habere, his quae pro se introducta sunt, renunciare*, l. 29, C. *de pactis.* — Le eccezioni alle rinuncie, espresse negli art. 708, 836, 1084, 1343 non fanno che confermare la esposta regola di dritto. E per non dipartirci dalla materia di cui trattiamo, si può dire, che tanto è lontano che la rinunzia alla purgazione della mora sia dal codice civile disapprovata, che viene dall'art. 1093 espressamente sanzionata la rinuncia agli atti di notifica, o altro equivalente, necessari per mettere taluno in mora dietro la scadenza del termine convenuto.

3.° Che gli art. 1136 e 1137 si riferiscono alla condizione risolutiva tacita e non già alla espressa, si raccoglie dalla stessa locuzione dell'art. 1137. Dopo di avere queste art.

il suo titolo sia posteriore di data; purchè però il possesso sia di buona fede.

---

stabilito il principio che la condizione risolutiva è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici, aggiunge: *in tal caso* (della condizione sottintesa) *il contratto non è sciolto* ipso jure, . . . *può accordarsi al convenuto una dilazione*. Non può dunque, a'termini del citato articolo, il giudice accordare al convenuto una dilazione secondo le circostanze, se non nel caso della condizione tacita.

4.° Che l'art. 1502 non fa una eccezione a questo principio, ma una semplice modificazione, nel caso del patto *legis commissoriae* aggiunto ad vendita d'immobile, modificando il dritto romano che con la l. 4, § 4, ff. *leg. com.* dichiarava *ipso jure* sciolta la vendita a la scadenza del termine fissato col patto.

5.° Che in quanto all'art. 1197, la discussione del Consiglio di Stato di Francia (Locré 6, p. 91, n. 46) dimostra che non si è inteso con tal articolo accordare al giudice la facoltà di accordar dilazione, quando vi esiste una stipulazione contraria. Che al più il giudice può, secondo questo art., con molta riserba accordar un termine al debitore per pagare gl'interessi ed il capitale, ma non già dichiarare che pagando gl'interessi nel termine prefisso, la rescissione del contratto non abbia luogo.

6.° Che se la stipulazione di non concedersi veruna dilazione al debitore può divenire una formola, ove sarebbe il male? Taluni uomini illuminati, ma sedotti da una equità immaginaria e facili ad essere ingannati dalla bontà de'loro cuori, sono inclinati a pensare che la facoltà di accordar dilazioni a' debitori disgraziati è fondata sull' interesse pubblico, cui non si può rinunciare. Essi s' ingannano: questa facoltà è solamente fondata sull'interesse privato, come dice il testo medesimo dell'art. 1197, *avendo riguardo alla situazione del debitore*. La cosa ch'esige fortemente e direttamente l'interesse pubblico è il credito, è la confidenza nella fede degli atti.

7.° Che l' equità su cui si fondava l' antica giurisprudenza, per altro non costante, era il frutto di un errore il più manifesto; distruttiva delle condizioni senza le quali i contratti non avrebbero avuto luogo: essa attentava alla fede pubblica; attaccava le convenzioni sociali sin nelle loro basi le più sacre.

8.° Che questa dottrina è sostenuta dall'autorità di Toullier, t. 6, n. 554 a 561, e 568; di Merlin, *Rep.* v. *clausole risolutorie*, e v. *rende constituée*, § 10, n. 3, e quist. v. *emphythéuse*, § 3, ove si citano ancora decisioni delle Corti di Francia in questo senso.

9.° Da ultimo questo sistema è stato accolto dalla Corte di Cassazione di Napoli fin dai primordi della sua istituzione. Con arresto del dì 14 dicembre 1811, preceduto da un elaborato rapporto del dotto consigliere Parrilli, e da una profonda conclusione dell' avvocato generale Cianciulli, si decisero solennemente due quistioni: 1.° Se la mora contratta dopo la pubblicazione del codice civile è colpita dalle disposizioni dello stesso, non ostante che il contratto sia stato stipulato sotto l'impero delle vecchie leggi: 2.° Se le condizioni risolutive e la rinunzia alla purgazione della mora sien di rigore sotto l'impero dell'attual legislazione. Merita questo classico arresto di avere tutta la possibile pubblicità. Desso è del tenor seguente:

« *Sulla prima quistione di sapere con qual legge debba istituirsi l'esame del ricorso; se con l'antica vigente all'epoca della convenzione, o con la novella, che trovasi in vigore al momento in cui la mora si è contratta:*

« Considerando, che *l'azione rescissoria* del contratto di annue rendite promossa da' fratelli Capano, prende la sua iniziativa dal contratto stipulato anteriormente alla pubblicazione del codice civile, ed il suo compimento dalla mora del debitore avvenuta dopo la promulgazione dello stesso.

« Che quando l'azione deve nascere da due fatti, de' quali l'iniziatore soltanto sia avvenuto sotto l' impero dell' antica legge, ed il compitore sotto quello della nuova, la legge novella, senza vizio di retroattività, esercitando l'impero sul presente, e sul futuro, attacca al fatto perfezionatore quell' azione, che il legislatore à di recente sanzionata.

« Che una contraria teoria menerebbe all'assurdo d'interdire al legislatore ogni facoltà su' contratti passati, non ostante che lunga sequela di esecuzioni si abbiano, o di riconoscere, ch' egli non possa più alcuna novella condizione loro imporre, comechè corrispondente a' nuovi bisogni della società, ed avvegnachè per oggetto avesse di sempre più l'esecuzione del contratto assicurare: oltrechè s' incorrerebbe nel grave sconcio politico di vedere per secoli perpetuate due legislazioni.

« Considerando inoltre, che gli antichi contratti di annua rendita, de' quali era in Francia, giusta l'art. 149 dell'ordinanza del 1629, irrepetibile la sorte, non ostante qualunque attrasso di annualità, furono ciò nondimeno coll'art. 1912 cod. civ. (1714 ll. cc.) sottomessi a rescissione, se il debitore cessasse di adempire i suoi obblighi per il corso di due anni: imperciocchè avendo il legislatore esteso il dominio del regime ipotecario a' contratti

SEZIONE III.

Della obbligazione di fare o di non fare.

V. gli art. 1100 e seg., 1190, 1336.

1096. Ogni obbligazione di fare o di non fare, nel caso che il debitore

---

antichi, ed ordinato coll'art. 2151 (2045), che il creditore iscritto per un capitale producente interessi o annualità, non avesse il dritto di essere classificato nell'istesso grado dell'ipoteca del capitale, che per due annate soltanto, oltre l'annata corrente; non è credibile che abbia voluto escludere l'antico ipotecario creditore di annue rendite dal soccorso dell'art. 1912 (1784), lasciandolo per un lato nell'impossibilità di ripetere la sorte, e per l'altro senza garantia pe'frutti da decorrere dopo i primi tre anni dalla data dell'iscrizione. Ed è perciò, che dal ravvicinamento de'due mentovati articoli 1912 e 2151, apparisce chiaro, che ne' contratti antichi l'azione rescissoria, qualora avvenga la mora sotto l'impero della novella legge, da questa prenda norma ed andamento: dal che ne segue, che si rende inutile ogni altra quistione sull'intelligenza del dritto antico, essendo il ritardo del debitore, avvenuto sotto l'impero del codice civile, colpito dalle sue disposizioni, ancorchè si tratti della rescissione di un antico contratto.

« *Sulle altre quistioni riguardanti l'articolo di sapere, se le condizioni risolutive, e la rinunzia alla purgazione della mora, sieno* COMMINATORIE, *o di rigore sotto l'impero del codice civile:*

« La Gran Corte di Cassazione à considerato, che ne' contratti di mutuo ad interesse, di annue rendite costituite per un capitale, che il mutuante si obbliga a non ripetere, di annue rendite costituite per concessione di beni immobili, come nell'enfiteusi, ed in tutte le altre obbligazioni di dare, la clausola risolutiva può essere: 1.° Sottintesa dalla legge ne'contratti bilaterali: 2.° espressa per convenzione delle parti: 3.° finalmente avvalorata con la rinunzia al beneficio di purgar la mora.

« 1. Nel primo caso, giusta i termini dell'art. 1184 (1137), la risoluzione della convenzione dee domandarsi giudizialmente, e può accordarsi al convenuto una sola dilazione, secondo le circostanze, perchè tra i termini della stessa adempiendo agl'interessi, ed annualità arretrate, o altri obblighi ritardati, possa il debitore evitare la rescissione del contratto; ben inteso non però, che trascorsa la dilazione, senza che il debitore abbia adempito, si pronunzierà lo scioglimento del contratto.

« 2. Nel secondo caso, che siesi convenuta la condizione risolutiva per lo inadempimento di una delle parti a'suoi doveri, verificata la condizione, se il creditore si rimane nell'inazione, o non faccia al debitore una intimazione, o altro atto equivalente per provocarlo alla soddisfazione, il legislatore à presunto che non sia intendimento del creditore di esigere rigorosamente l'osservanza de' patti, e non riconosca nell'art. 1139 (1093) del suo codice civile moroso il debitore, se non dopo la intimazione di adempire quelle promesse, il cui inadempimento darebbe luogo alla risoluzione del contratto. Tanto da ciò, quanto anche avuto riguardo allo spirito dell'art. 1656 (1502), ne segue, che possa il debitore pagare dopochè è spirato il termine, finchè non sia stato costituito in mora con una intimazione di adempiere al pagamento degl'interessi, o annualità arretrate, o altri suoi doveri ritardati, altrimenti sentir dal giudice pronunziata la risoluzione del contratto, ai termini della convenzione. Che se il debitore intimato tra i termini della citazione, e pria che venga il giorno destinato di comparire avanti al giudice, soddisfi gli arretrati, non esistendoci allora nè ritardo nè mora, per essersi ubbidito alla intimazione, il giudice non può dichiarar risoluto il contratto. Che se per contrario il debitore lasci scorrere i termini della citazione, e si presenti in giudizio nello stato di ritardo, il giudice dopo aver constato il fatto dell'inadempimento, non à a'termini dell'art. 1134 (1088) latitudine alcuna, per non pronunziare di essersi il contratto già risoluto a norma di ciò che le parti aveano tra loro convenuto: salvo nondimeno a'giudici, a'termini dell'art. 1244 (1197) del codice civile, e 122 (216) proc. civ., la facoltà di aver riguardo alla situazione del debitore, ed usando di questa facoltà con molta riserba, accordar dilazioni moderate per il pagamento delle annualità e della sorte, e sospendere l'esecuzione giudiziale, rimanendo ogni cosa nel suo stato.

« 3. Nel terzo ed ultimo caso, che siasi alla purgazion della mora rinunziato, è da riflettersi, che nel novello codice civile chiara traluce la massima, che quanto minor latitudine la legge concede a'magistrati di modificare le convenzioni, tanto maggior risulta la facilità delle prestanze, divenendo i debitori lealissimi redditori. Che queste vedute indussero il legislatore a favorire i creditori, ordinando contro le antiche usanze fran esi al-

non adempia, si risolve nel risarcimento de' danni ed interessi (1).

1097. Ciò non ostante il creditore ha diritto di dimandare che sia distrutto ciò che si fosse fatto in contravvenzione alla obbligazione, e può farsi autorizzare a distruggerlo a spese del debitore, senza pregiudizio de' danni interessi, se competono (2).

---

l'art. 1139 (1093) del suo codice civile, che il debitore incorra di piene dritto nella mora se abbia pattuito *di essere in mora per la sola scadenza del termine, senza necessità di alcun atto*. Or la rinunzia alla purgazione della mora convenuta tra i contraenti, non essendo altro che la convenzione di cui parla l'art. 1139 (1093), è chiaro che il creditore, il quale in questo caso direttamente domanda la risoluzione del contratto, senza premettere alcuna citazione per costituire in mora il suo debitore, non fa che conformarsi alla legge del contratto: ed il giudice, dopo aver conosciute dell'inadempimente, dee di necessità, dichiarando il contratto risoluto, conformarsi a quelle convenzioni, che legalmente formate anno forza di legge per coloro che le àn fatte. Salva sempre non però la facoltà accordata a'giudici dal citato art. 1244 (1197) del codice civile, siccome nel secondo caso sta detto: da usarne da'tribunali, giusta la forma prescritta nell'art. 122 (216) del cod. di proced. civile.

« Atteso che risulta dagli atti che i fratelli Pandone erano incorsi sotto l'impero del codice civile nel ritardo di un anne ed un mese al pagamento degl'interessi, e siffatto ritardo, per effetto della rinuncia a qualunque abilitazione, li costituiva nella mora legale, dietro la quale non è permesso al giudice, se non costare il fatto, e pronunziare la risoluzione del contratto, a norma della convenzione passata legalmente tra le parti:

« La Gran Corte di Cassazione, facendo dritto alle conclusioni del P. M., cassa, per violazione degli art. 1134 (1088) e 1139 (1093), e per falsa applicazione dell'art. 1184 (1137) la decisione della corte di appello ».

Molte altre decisioni furone nello stesso senso profferite dalla Corte di Cassazione, come può vedersi nel supplemento alla Collezione delle Leggi, vol. 2, della *serie civile*, p. 152 e segnenti.

Le medesime massime sone state ritenute dalla Corte Suprema con arresti de'2 e 9 settembre 1819, de'7 dicembre 1820, de'15 marzo e 27 settembre 1821, de'27 giugno e 9 dicembre 1822, de'4 aprile 1824, de'26 febbraje 1825, de'2 marzo e 19 aprile 1828, de'13 aprile 1833—Si è decise però che la purgazione della mora si ammette non ostante qualunque patto in contrario, qualora vi sia stata giusta causa d'ignoranza per parte di colui, che rappresenta l'eredità del defunto enfiteuta, e nel caso si avesse giusta ignoranza dell'erede del creditore, cui dovrebbero farsi i pagamenti: *arresti de' 20 giugno e 30 luglio 1829 della medesima Corte Suprema.*

3.°

Della purgazione della mora per parte del creditore.

La mora cui trovasi incorso il debitore può esser purgata dal creditore per effetto della sua rinuncia espressa o tacita. Ciò è una conseguenza del principio, che ciascuno può rinunciare a'dritti acquistati: *unicuique licet contemnere haec quae pro se introducta sunt;* l. 41, ff. *de minoribus; — invito beneficium non datur;* l. 69, ff. *de reg. jur.*

La rinuncia può esser tacita, come può esser espressa: Toullier, t. 6, n. 256. Perchè i fatti importino una rinuncia tacita, bisogna che ne risulti una volontà manifesta di rinunciare, cioè a dire, che questi fatti sieno direttamente contrarî al dritto acquistato. Voet, *ad pandectas*, tit. *de const. princ.*; Merlin, *Rep.* v. *renonciation*, § 3.

Così, è tacita la rinuncia, allorchè, dopo che il debitore è in mora, il creditore si fa rinnovare l'obbligazione principale, senza riservare i dritti acquistati per effetto della mora, perciocchè evvi allora novazione; l. 8, 15 e 18, ff. *de novat.*; Voet, tit. *de usuris*, n. 30; Toullier, t. 6, n. 256.

È tacita la rinunzia, quande il creditore citando il debitore per conciliazione, non prosiegue in giudizio la domanda contro il debitore, art. 40, proc. civ.; Toullier, t. 6, n. 256.—Molti altri casi di rinunzia tacita sono stati esaminati da Toullier, t. 6, n. 257 a 262.

(1) Dal principio che *nemo potest praecise cogi ad factum*, ne risulta che le obbligazioni di fare o di non fare si risolvono in quella de'danni-interessi a favore di colui al quale si è obbligato, vale a dire *in id quanti creditoris interest factum fuisse id quod promissum est.* Pothier, *obligat.*, n. 146 e 157.

(2) Questo articolo à per per oggetto di diffinire, che se ciò che qualcuno si era obbligato di non fare, è qualche cosa che possa distruggersi, il creditore può farsi autorizzare ad eseguirlo. Per esempio, se il mio vicino si è obbligato a non chiudere l'adito del suo viale per lasciarmi libero il passaggio, e che poscia violando la convenzione l'abbia sbar-

1098. Nel caso d'inadempimento può egualmente essere autorizzato il creditore a far eseguire egli stesso l'obbligazione a spese del debitore (1).

1099. Se l'obbligazione consiste nel non fare, colui che vi contravviene, è tenuto a'danni ed agl'interessi pel solo fatto della contravvenzione (2).

SEZIONE VI.

De' danni e degl' interessi per l' inadempimento della obbligazione (3).

V. gli art. 1090, 1093, 1096, 1182, 1386 a 1546.

1100. I danni e gl' interessi son dovuti solamente, quando il debitore sia in mora di eseguire la sua obbligazione. È in mora il debitore anche senza

---

rato o cinto con fossi, io posso fargl'ingiungere a rimuovere la barriera e riparare lo fossate, in un tempo prescrittogli, quale elasso, sarò lo autorizzato a farlo a sue spese. Pothier, *obligat.*, n. 158; Toullier, t. 6, n. 218.

(1) Questo art. è applicabile al caso in cui trattasi di una obbligazione *di fare*. Se si trattasse di una obbligazione *di dare*, il creditore non potrebbe domandare di esser autorizzato a comprar la cosa promesso e non consegnata, a spese del debitore: soltanto il soprappiù del prezzo attuale su quello della cosa nel tempo del contratto dovrà essere nelle obbligazioni di dare uno degli elementi che serviranno a determinare i danni-interessi. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 222; Decisioni in Dalloz, v. *obligat.*, cap. 3, sez. 3.

(2) Nelle obbligazioni di non fare il solo fatto della contravvenzione mette in mora il debitore (vedi la nota alla pag. 250, n. IV.) ed autorizza il creditore a ciò di cui si è parlato l' art. 1097.

Non così nelle obbligazioni di dare o di fare. Tranne i casi in cui il debitore è in mora per effetto della convenzione o della legge, dev' essere messo in mora con una istanza giudiziale Pothier, *obligat.*, n. 146; Toullier, t. 6, n. 239; vedi la nota alla pag. 250, n. V.

(3) Le parole *danni ed interessi* significano la perdita che qualcuno à positivamente sofferta, e l' utile che non à potuto avere: questa è la definizione che ne dà la l. 13, *princip. ff. rat. rem. hab.—quantum mea interfuit; id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui*; Pothier, *obligat.*, n. 159.

Tutte le regole della materia de'danni-interessi riguardano o la quistione se sien dovuti, o quella in che consistono. La quistione se sien dovuti i danni ed interessi è sempre una quistione di dritto, e dipende dall' applicazione de' primi tre articoli di questa sezione. Essendosi decisa questa prima quistione, se sieno cioè dovuti i danni-interessi, si passa alla seconda in che consistono, e gli art. 1004 e seg. ànno per oggetto di dettare le regole sulla estensione de'danni-interessi, ed in che consistono quando le obbligazioni risguardano il pagamento di una somma di danaro.

Giova pertanto qui riunire i diversi casi ne' quali i danni interessi sono dovuti per espressa disposizione di legge. Dessi sono:

1.° L'inadempimento al matrimonio dopo la promessa innanzi all'ofiziale dello stato civile: *art. 148 e 149 ll. cc.*

2.° Il rigetto delle opposizioni al matrimonio: *art. 188 ll. cc.*

3.° Il surrogato tutore che non provvede alla tutela divenuta vacante e trascura di prendere iscrizione su' beni del tutore: *art. 346 e 2029.*

4.° Il tutore per la cattiva amministrazione: *art. 373.*

5.° Colui che abbia fatto sul suo fondo costruzioni co' materiali altrui, e chiunque abbia impiegato i suoi propri materiali ad una costruzione sul fondo altrui; *art. 479 e 480 ll. cc.*

6.° Coloro che avranno impiegato su'loro mobili materie spettanti ad altri: *art. 502 ll. cc.*

7.° L'usufruttuario che non denunzia al proprietario le usurpazioni commesse da un terzo sul fondo: *art. 589 ll. cc.*

8.° I figli naturali, il conjuge superstite o l'amministrazione de'demani, che non abbiano adempito alle formalità prescritte prima d'immischiarsi nelle successioni; *art. 688 ll. cc.*

9.° L'erede beneficiato, il curatore all'eredità giacente e gli amministratori per le colpe nell'amministrazione; *art. 721 e 733 ll. cc.*, e *223 p. c.*

10. Le persone che non àn curato la trascrizione di una donazione, quando dalla legge era loro imposto quest'obbligo: *art. 866 ll. cc.*

11. Il tutore destinato per l'esecuzione di una sostituzione, se non adempie a' suoi obblighi: *art. 1029 ll. cc.*

12. Colui che contravviene all'obbligazione di non fare; *art. 1099 ll. cc.*

13. Il venditore, qualora dalla tradizione non fatta nel tempo convenuto, ne risulti un pregiudizio al compratore; *art. 1457 ll. cc.*

interpellazione, se la cosa che si è obbligato di dare o di fare, non possa essere data o fatta se non in un determinato tempo, che egli ha lasciato trascorrere (1).

1101. Il debitore è condannato, se occorre, al pagamento de' danni ed interessi, tanto se non adempia l'obbligazione, quanto se ne ritardi l'adempimento, ancorchè non siavi per sua parte intervenuta mala fede; purchè però egli non pruovi che la mancanza sia provenuta da una causa estranea non imputabile a lui (2).

V. gli art. 1182, 1184, 1256, 1654, 1753, ll. cc.; 221, 600 seg. p. c.

---

14. Il mandatario pel suo inadempimento; *art. 1863 ll. cc., e 88 leg. di eccez.*

15. Il venditore per effetto della garantia: *art. 1444, 1476 e 2072 ll. cc.*

16. Il reclamante la proprietà de' mobili e immobili, che succumbe: *art. 698 p. c., e 135 l. di esprop. del 29 dicembre 1828.*

17. L'attore succumbente in causa di falso incidente civile, di ricusa di giudici, o di periti, di ritrattazione, di presa a parte, di disapprovazione di patrocinatore, di rimessione di causa, di opposizione di terzo: *art. 341, 408, 453, 466, 483, 543, 564, 580, p. c.*

18. Il colpevole condannato in giudizio penale; *art. 46 e 47 ll. pp.*

19. Il depositario volontario e giudiziario, non che il vetturale che si servisse delle cose date in deposito: *art. 1628, 1799, 1817, 1834 ll. cc., e 693 p. c.*

20. Gli uffiziali dello stato civile, ne' casi degli *art. 54 a 70 ll. cc.*

21. Gli uscieri che avessero pregiudicato le parti negli atti del loro ministero: *art. 165, 223, 387, 652, 1107 p. c., e 175 leg. di eccez.*

22. I patrocinatori che avessero pregiudicato le parti nell'esercizio delle loro funzioni; *art. 223, 285, 286, 387, 452, 1107 p. c.*

23. I patrocinatori che si rendessero aggiudicatari per le persone indicate nell'*art. 64 della l. di esprop. del 29 dicembre 1828.*

24. I conservatori delle ipoteche ne'casi previsti dagli *art. 2099, 2100, 2101 e 2104, ll. cc.*

25. I notai che trascurano di prendere iscrizione della ipoteca legale della moglie, nel termine stabilito dalla legge: *art. 2027 a 2029 ll. cc.*

26. I notai che nella compilazione degli atti affidati al loro ministero commettono nullità: *art. 29 della legge sul notariato.*

27. I cancellieri de' tribunali civili che non adempiono alle formalità prescritte ne' giudizi di falso incidente civile: *art. 339 p. c.*

28. I cancellieri ed i depositari de' pubblici registri che rifiutano di rilasciare spedizioni e copie degli atti da essi conservati: *art. 931 p. c.*

29. Il debitore che dopo la denunzia del pignoramento dell'immobile, facesse un taglio di bosco, o alcuna deteriorazione: *art. 16 leg. di esprop. del 29 dicembre 1828.*

30. I periti che non compiono gli atti del loro ministero: *art. 410 p. c., e 109 leg. di espropriaz.*

31. Il giudice di circondario e 'l cancelliere che consegneranno spedizione di alcuna deliberazione del consiglio di famiglia, se pria non si assicurano della già presa iscrizione su' beni del tutore: *art. 2031 ll. cc.*

32 Il capitano di un bastimento ne' casi degli *art. 226, 279, 285 e 287 leg. di eccez.*

33. Gli agenti di cambio ed i sensali che pregiudicano le parti negli atti del loro ministero: *art. 84 leg. di eccez.*

34. Il fittaiuolo e l'enfiteuta ne' casi degli *art. 1610, 1612, 1614 e 1701 ll. cc.*

35. Il detentore di una lettera di cambio nel caso dell'*art. 124 leg. di eccez.*

(1) Il ritardo nella esecuzione delle obbligazioni, ossia la mora, produce i danni interessi, perciocchè l'obbligazione non adempita a tempo reputasi non eseguita. Per tutto ciò che riguarda la mora abbiamo dato ampi sviluppamenti nella nota 4, pag. 247 e seg.

(2) L'inesecuzione delle obbligazioni o il ritardo non possono derivare che da tre cause: dal *dolo*, dalla *colpa*, da' *casi fortuiti*; l. 23, ff. *de reg. jur.*; e lo stesso principio si raccoglie altresì dagli art. 1101, 1102 e 1104.

Il dolo o la mala fede obbliga sempre a' danni interessi. Non potrebbero con un patto i contraenti rinunciare alla risponsabilità risultante dal dolo e dalle colpe gravi, poichè simile convenzione sarebbe illecita come contraria a' buoni costumi; l. 23, ff. *de reg. jur.*; Vinnio, *quaest. select.* l. 1, c. 52; Toullier, t. 6, n. 226.

La colpa obbliga altresì a' danni-interessi, secondo le obbligazioni che derivano dalle diverse specie di contratti: vedi su di ciò la nota 3, pag. 246, e la nota 1, pag. 247.

L'ultima parte dell'art. in esame obbliga colui che non à eseguita la sua obbligazione, o che ne à ritardato l'adempimento, a *provare* la sua scusa, giustificando che l'inadempi-

V. gli art. 532, 774, 1256, 1618, ll. cc.; 202, 203, 267, 399 ll. di eccez.

1102. Il debitore non è tenuto a verun danno ed interesse, quando per forza irresistibile o per caso fortuito fu impedito di dare o di fare quello a che si era obbligato (1).

V. gli art. 221 a 606 p. c.

1103. I danni ed interessi sono in generale dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privato; salve le modificazioni ed eccezioni quì appresso spiegate (2).

V. l'art. 1070.

1104. Il debitore non è tenuto se non a'danni ed interessi che sono stati preveduti, o che si potevan prevedere nel tempo del contratto, quando l'inadempimento della obbligazione non derivi da suo dolo (3).

---

mento o il ritardo proviene da una causa estranea non imputabile a lui. Se non fa questa pruova, è tenuto a'danni-interessi. Toullier, t. 6, n. 229 e 230.

(1) *Nemo praestat casus fortuitos*; l. 23, ff. *de reg. jur.*

Nondimeno vi sono più eccezioni a questa regola:

1.° Se il debitore in forza di un patto speciale abbia assunto a suo peso i casi fortuiti; art. 1256 e 1618. Pothier, *obbl.* n. 142; Toullier, t. 6, n. 228; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 252.

2.° Se il caso fortuito è stato preceduto da colpa, senza la quale la perdita non avrebbe avuto luogo: art. 1256, 1635, 1653 e 1753; Pothier, Toullier e Delvincourt, ibid.

3.° Se il debitore fosse in mora di eseguire il contratto, e la cosa perisse per caso fortuito, egli è risponsabile di questa perdita nel caso che l'avvenimento non l'avrebbe egualmente fatta perire presso il creditore: art. 1256, 1634 e 1753. Pothier, Toullier e Delvincourt, ibid.

(2) In generale deesi osservare, sul modo come regolare i danni-interessi, la seguente regola. Deesi primieramente considerare la qualità del fatto per cui è avvenuto il danno, come se sia un delitto, un attentato, un inganno; o se sia solamente qualche colpa, qualche negligenza, o l'involontaria mancanza di eseguire un obbligo; debbonsi del pari considerare gli avvenimenti che son venuti dietro questo fatto, e se sien tali che si debbano imputare a colui che n'è l'autore, o se vi si trovano altre cause congiunte. Domat, lib. 3, tit. 5, *nozioni preliminari*. V. la nota 3, pag. 256.

Sulla valutazione de' danni-interessi. — Le parti possono anticipatamente fissare nella convenzione la quantità de'danni-interessi; art. 1106 e 1590.

In mancanza della convenzione, la liquidazione si fa dal magistrato, il quale può farla da se stesso, o commetterla al giudizio degli esperti; il che dipende dalla qualità de'danni-interessi che bisogna stimare. Imperciocchè se sono tali che il giudice possa egli stesso regolarli, non fa d'uopo di esperti, de'quali si può far uso soltanto ne'casi in cui questa stima dipende da qualche arte, o da alcuni fatti che non si possono dal giudice direttamente verificare. Così p. e., annullato l'arresto di un debitore, il giudice liquida da sè i danni-interessi dovutigli secondo la norma prescritta dall'art. 235, *leg. pen.* Ma se conviene liquidare i danni-interessi dovuti da un architetto per la cattiva costruzione di un edifizio, una tale stima che dipende dalla qualità de'materiali o del lavoro, richiede il giudizio dei periti (*).

Evvi per altro una disposizione speciale contenuta nel decreto de'18 giugno 1842 sulla determinazione de'danni interessi dovuti dall'amministrazione de'dazi indiretti sopra i generi sequestrati in dogana.

(3) Nella valutazione de'danni-interessi si dee aver riguardo alla buona o alla mala fede di colui che li deve. Questo articolo risguarda il caso di colui che deve i danni-interessi, quando l'inadempimento non è imputabile a dolo; su di che Pothier, *obligat.*, n. 160 diceva: « Quando non può rimproverarsi al debitore alcun dolo, e che l'inadempimento della sua obbligazione è effetto di semplice colpa, o perchè si è temerariamente indotto a promettere ciò ch'egli non poteva adempire, o perchè, per sua colpa, non è più nello stato

---

(*) In generale i tribunali non sono obbligati, ma è in loro facoltà di ordinare una perizia, sia di ufizio, sia ad istanza delle parti. Sonovi però delle materie nelle quali l'obbligo di ricorrere alla perizia è imposto dalla legge, e giova qui riassumere queste disposizioni speciali. — Vi è luogo a perizia per verificare i beni di un assente, *art. 131*; — stimare i beni di un minore, *art. 376*; — dividere i beni comuni con un minore, *art. 389* — dividere i beni di una eredità, *art. 743, 744 ll. cc.*, e 1045 e 1047 *p. c.* — stimare l'immobile dotale in caso di permuta, *art. 1373* — stimare il fondo venduto, nel caso di domanda di rescissione per lesione, *art. 1514 e 1516* — stimare il prezzo di un affitto verbale, *art. 1561* — *1562* — verificare le scritture nel giudizio di verificazione e di falso incidente, *art. 290 e 327 p. c.* — stimare e ripartire la perdite ed i danni nel caso di getto di mare, *art. 285, 406 e 408 leg. di eccez.* — verificare se i generi immessi in dogana sieno in frode, contravvenzione o in contrabbando, *art. 57 della legge del 20 dicembre 1826, sul contenzioso de'dazi indiretti.*

1105. Quando anche l'inadempimento della convenzione provenga dal dolo del debitore, i danni e gl'interessi relativi alla perdita sofferta ed all' utile perduto dal creditore, non debbono estendersi se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell' inadempimento della convenzione (1).

1106. Quando la convenzione stabilisca che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni ed interessi, non può concedersi all'altra parte una somma maggiore o minore (2).

V. gli art. 1088, 1181 e 1184.

---

di seddisfarla, in questi casi il debitore non è tenuto che a' danni interessi, cho al tempo del contratto si è potuto prevedere che il creditore potrebbe soffrire per tale inesecuzione; perchè si presume che il debitore a questi soli si sia sottoposto ». — Così, per esempio, se il compratore di un fondo ne sia evitto, dopo avervi fatto non solo riparazioni necessarie e migliorie cbe ne ànno aumentato la rendita, ma altresì spese voluttuose di obbellimenti, non si comprenderanno ne'danni-interessi dell'evizione queste spese inutili e superflua, se il venditore avesse venduto di buona fede, art. 1480; perciocchè la garantia non debba estendersi alle spese che il venditore non avea dovuto prevedere, a che il compratore avea fatte soltanto per suo piacere. Ma se il venditore avesse venduto con mala fede, sapendo che la cosa non gli apparteneva, sarebbe certamente tenuto a rimborsare al compratore la spese superflue fatte sul fondo evitto, perchè la circostanza della sua mala fede dà maggiore estensione alla garantia, art. 1481. Domat, l. 3, tit. 5, sez. 2, n. 8; Toullier, t. 6, n. 284 a 285; Duranton, t. 10, n. 472.

(1) Di due specie sono i danni-interessi de'quali può domandersi il risarcimento; l'una delle perdite che derivano talmente dal fatto di colui contro dal quale si propone la domanda, che chiaramente si vede di doversi a lui imputare, essendone il suo fatto l'unica causa; l'altra poi di quelle cha non sono una conseguenza immediata di questa causa. Or'anche quando l' inadempimento è imputabile a dolo, il debitore è soltanto tenuto a' danni-interessi che sono una consegnenza diretta ed immediata del suo inadempimento. In siffatta materia bisogna considerare la qualità del fatto e delle cause, e la legge si rimette all'arbitrio del giudice. V. Domat, l. 3, tit. 5, sez. 2, n. 6 a 11; Pothier, *obligat.*, n. 162 e seg.; Toullier, t. 6, n. 286 a 290; Delvincourt, l. 3, tit. 5, n. 234 e 235; Duranton, t. 10, n. 480.

(2) Per la retta intelligenza di questo articolo bisogna rimontare agli antichi principi.

Per dritto romano, se i danni-interessi stipulati erano inferiori al danno che cagionava al creditore l' inadempimento dell' obbligazione, egli poteva domandare il dippiù, *id quod pluris interfuerit;* l. 28, ff. *de empt.;* Pothier, *obligat.*, n. 342. Ma i giudici non potevano diminuire la pena stipulata, sotto il pretesto che oltrapassava l'indennità dovuta al creditore; § 18, Inst. *de inutil. stipulat.;* Vinnio, ibi; Voet, *ad pandectas*, tit. *de verb. obligat.*, n. 12 — Per lo contrario, l'antica giurisprudenza francese permetteva al giudice di moderare la pena in favore del debitore, ma non già di concedere somma maggiore del convenuto, al creditore.

In questo stato di cose, il legislatore volle togliere al giudice ogni arbitrio, e seguiamo il processo verbale del Consiglio di Stato di Francia nella discussione dell'art. in esame:

« Bigot-Préameneu dice che, nella seziona di legislazione, le opinioni si sono divise su » questo articolo.

» Si diceva, da una parte, che i contratti dovendo essere eseguiti di buona fede, era » giusto di ridurre la somma alla quale le parti aveano fissato i danni-interessi, se eccedeva » evidentemente il valore del danno; che il debitore non à consentito ad elevarne la tassa » troppo al di là della giusta proporzione, che perchè essendo persuaso che potrebbe adem» piere a' suoi obblighi, non sarebbe esposto alla pena della inesecuzione; che se avesse » preveduto gli ostacoli che l'ànno impedito, non si sarebbe sommesso a de'danni-interes» si sì forti; che in fine questi principi eran quelli della giurisprudenza attuale.

» Si diceva, dall' altra parte, che le parti sono gli estimatori più sicuri del danno che » può risultare dalla inesecuzione di una obbligazione; che così la loro volontà dev'essere » rispettata; che se si accorda al giudice il dritto di diminuire i danni-interessi che le par» ti ànno fissati, bisogna altresì accordargli il potere di aumentarli, allorchè le circostan» ze portano la perdita del creditore al di là di ciò ch' era stato preveduto. Si conveniva » importanto ch'eravi questa differenza, che il creditore che riceve meno di ciò che non » avesse esatto, se, fuori la convenzione avesse potuto prevedere l' avvenire, riceve ciò » non ostante tutto ciò che à stipulato, ed à rinunciato di ricevere dippiù; che se al con» trario, riceve tutto ciò che si è convenuto e che il danno sia meno, egli si arricchisce.

» In mezzo a queste difficoltà, la sezione si è formata ad una regola semplice; dessa à » pensato che quando le parti ànno fissata esse stesse la tassa de' danni-interessi, la loro

1107. Nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni e gl' interessi risultanti dal ritardo di eseguirle non consistono giammai se non nella condanna a pagare gl' interessi correnti al tempo della mora, eccettuate le regole particolari al commercio ed alla malleveria.

Questi danni ed interessi son dovuti senza che il creditore debba giustificare alcuna perdita.

Non son dovuti se non dal giorno della domanda; eccettuati i casi ne' quali la legge dichiara che debbono *ipso jure* decorrere (1).

» providenza non deve rimanere senza effetto, e che bisognava rispettare la loro convenzione, tanto più che negli altri contratti, non si correggono le stipulazioni che le circostanze rendono in seguito eccessive.

» La sezione propone, in conseguenza, la redazione seguente: *Quando la convenzione stabilisca che colui il quale mancherà di eseguirla pagherà una determinata somma, non può concedersi all' altra parte una somma maggiore e minore*. Questa redazione è adattata ». Locré, t. 6, p. 80, n. 42.

Leggesi pertanto nell'art. in esame, dopo le parole, *determinata somma*, quelle *a titolo di danni interessi*. Queste parole, *a titolo di danni interessi*, furono aggiunte in seguito delle osservazioni del Tribunato che motivò così il suo parere: « L'oggetto di questa addizione è di determinare la giusta applicazione dell'articolo, e di marcare la differenza tra la clausola di danni-interessi, cui il giudice niente può cangiare, o la clausola penale, ch' è suscettibile (*per l'art. 1184*) di esser ridotta ». Locré, t. 6, p. 127, n. 14.

Dalla storia quindi della compilazione dell'art. in esame si raccoglie, che le nuove leggi, abrogando il dritto romano o l'antica giurisprudenza, non permettono di modificare la convenzione con la quale le parti ànno determinato i danni-interessi derivanti dall'inadempimento dell' obbligazione; su di che convengono gli scrittori moderni: Toullier, t. 6, n. 275 a 812; Duranton, t. 10, n. 483.

Ma la esposta regola non è applicabile alle obbligazioni che ànno per oggetto il pagamento di una somma di danaro. In questo caso non possono le parti stipulare a titolo di danni-interessi una somma maggiore dell' interesse convenzionale permesso dalla legge nell'art. 1779. Toullier, t. 6, n. 266, 275 e 809; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 238; Duranton, t. 10, n. 483 a 488.

(1) Vi à questa differenza tra i danni che nascono dal solo difetto del pagamento di una somma dovuta, ed i danni che ànno altra causa; che quest' ultimi sono dovuti secondo la qualità del fatto e le circostanze; ed i primi sono uniformi e fissati dalla legge ad una certa porzione della somma dovuta per anno, e per un più o meno tempo a proporzione, senza che il creditore fosse tenuto a provare alcuna perdita. Ragioni di ordine pubblico ànno fatto stabilire che i debitori di somme di danaro per mutuo o altre cause sian tenuti soltanto all' interesse del capitale. L' interesse è dunque il profitto che ricava il creditore dal danaro che gli è dovuto. Nella materia di commercio poi (art. 162, 177 e 187 *ll. di eccez.*), nella malleveria (art. 1900) e nelle società (art. 1718), indipendentemente dagl' interessi delle somme, se vi à luogo, i debitori sono tenuti a' danni-interessi.

Per discorrere con chiarezza questa importante materia, parleremo in 3 §: 1.° Degl' interessi che sono dovuti di pieno dritto, sia per la natura del credito, sia per la disposizione della legge; 2.° Degl' interessi giudiziari o moratori; 3.° Delle diverse cause per le quali gl' interessi si estinguono o cessano di decorrere. — Parleremo degl' interessi che possono essere dovuti in vigore delle convenzioni delle parti, nelle osservazioni all'art. 1777.

I.

Degl' interessi che sono dovuti di pieno dritto, sia per la natura del credito, sia per la disposizione della legge.

Sono dovuti gl' interessi di pieno dritto ne' seguenti casi:

1.° Quando il tutore di un minore o di un interdetto trascura d'impiegare i capitali e gli avanzi delle rendite: *art. 378, 379, 432*.

2.° Pel residuo di un conto di tutela, a contare dal dì della chiusura del conto: *art. 397*.

3.° L' erede dichiarato indegno deve restituire i frutti e rendite dal dì dell' aperta successione: *art. 652*.

1108. Le rendite scadute, come i fitti, le pigioni e le rendite perpetue o

4.° Gl' interessi ed i frutti delle cose soggette a collazione si debbono dal dì dell' aperta successione: *art. 775.*

5.° Il donatario contro cui viene esercitata nell'anno l'azione di riduzione deve restituire i frutti o le rendite dal dì dell'aperta successione: *art. 845.*

6.° Il donatario, la cui donazione è rivocata per sopravvegnenza de' figli al donante, deve i frutti dal dì in cui gli è notificata la nascita del figlio: *art. 887.*

7.° Al legatario universale o a titolo universale che domanda nell'anno il rilascio de' beni, sono dovuti i frutti dal dì dell'aperta successione: *art. 931* e nota 1 in fine p. 103.— In quanto al legatario particolare, v. l'art. 969.

8.° Il gestore di negozio od il mandatario debbono gl' interessi delle somme che ànno impiegato in proprio uso, dal dì dell'impiego; e reciprocamente colui i cui affari sono stati amministrati, od il mandante debbono rendere indenne il gestore o il mandatario delle obbligazioni contratte: *art. 1326, 1329, 1868 e 1873.*

9.° Colui che in mala fede à ricevuto un pagamento non dovutogli, deve della somma ricevuta, gl'interessi dal dì in cui gli è stato fatto l'indebito pagamento: *art. 1332.*

10. Gl'interessi della dote decorrono a favore del marito dal dì del matrimonio; o reciprocamente il marito deve gl' interessi della dote che deve restituire agli eredi della moglie, dal dì dello scioglimento del matrimonio: *art. 1361 e 1383.*

11. Il venditore nel caso della vendita vietata dall'art. 1446, deve restituire al compratore anche l'interesse della somma ricevuta in anticipazione, dal dì dell' anticipazione medesima: *detto articolo.*

12. Nel caso di accrescimento di prezzo, di en immobile venduto, per eccesso di misura, il compratore che non vuol recedere dal contratto, deve gl' interessi del prezzo che deve supplire: *art. 1466.*

13. Il compratore o l'aggindicatario che non à pagato il prezzo di una vendita, deve gl'interessi del prezzo ne' casi degli art. 1498 *ll. cc., e 71 l. di espropriazione del 29 dicembre 1828.*

14. Nel caso di rescissione di vendita per causa di lesione, preferendo il compratore di pagare il supplemento del prezzo, deve gl'interessi del supplemento del prezzo dal dì della domanda di rescissione: *art. 1528.*

15. Il socio deve gl' interessi della somma che non à conferita nella società, dal dì in cui avrebbe dovuto conferirla; come pure deve gl'interessi delle somme che à ritirate per suo vantaggio dalla cassa sociale: *art. 1718.*

16. Il debitore principale deve al fidejussore gl'interessi del capitale che à pagato: *art. 1900.*

17. Il compratore divenuto aggiudicatario di un immobile sottoposto all'incanto à dritto a ripetere dal venditore gl'interessi dell'eccesso di prezzo stipulato nel contratto: *art. 2090.*

18. Un creditore opponente ad una sentenza di graduazione, se viene a soccumbere, deve gl'interessi delle somme che à impedito di riscuotere, a contare dal giorno in cui i creditori lo avrebbero ricevute senza questo ostacolo: *art. 2031. di espropriaz. del 29 dicembre 1828.*

19. Nelle lettere di cambio e ne'biglietti ad ordine, gl' interessi sono devuto dal dì del protesto: *art. 184 leg. di eccez.*

II.

Degl'interessi giudiziari o moratori.

I. Gl'interessi giudiziari o *moratori* sono quelli che non essendo doveti di dritto, o non risultanti da una stipulazione valida, non possono essere accordati che dal giudice: fa di mestieri, per farli decorrere, che il creditore ne istituisca la domanda contro il suo debitore, e che lo metta in mora di pagare. Senza tal domanda i giudici non possono aggiudicare gl'interessi; art. 1107.

Per la quale cosa, la semplice costituzione *in mora* (v. la p. 250, n. V) del debitore a pagare la somma dovuta, non fa decorrere gl'*interessi*: per averli si richiede *una domanda* giudiziaria, e non sono dovuti *che dal dì della domanda*. Qui si è elevato il dubbio che debba intendersi per *domanda*: la legge à inteso dire che la domanda della parte principale fa decorrere gl' interessi; o pure si richiede la domanda speciale degl'interessi? Secondo Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 244, per *domanda* bisogna intendere la richiesta del capitale; non è necessario che gl' interessi sien richiesti; e non basterebbe nemmeno chiedere gl' interessi se nee si domandasse nel tempo stesso il capitale. Egli cita Ricard (*donat.* pag. e, n. 106)

vitalizie arretrate, producono interessi dal giorno della domando o della convenzione.

---

il quale dice « non è la domanda degl'interessi quella che fa che sieno essi dovuti; poichè » una somma di danaro non è capace da se e per se di un profitto o degl'interessi per essersi » conchiuso alcuna cosa a tal effetto. È dunque la mora del debitore che dando luogo alla » perdita o al danno del creditore, è causa che quest'interessi sien dovuti, *non ex usu, sed* » *ex interesse*. Ora questa mora cominciando dalla domanda giudiziale della somma prin- » cipale, l'azione de'danni che ne risulta comincia nel medesimo tempo ».

Per lo contrario Merlin, rep. v. *intérêt*, § 4, n. 16, e Toullier, t. 6, n. 272 insegnano, che per l'art. 1107 (col quale si è derogato alle leggi 24, ff. *depositi*, e 54, ff. *locati*, le quali permettevano al giudice di condannare di ufizio e senza conclusioni del creditore nelle azioni di buona fede, agl'interessi che correvano precedente l'istanza) gl'interessi non sono dovuti se non dal giorno *della domanda*; val quanto dire dal giorno in cui il creditore è conchiuso per gl'interessi, perciocchè l'articolo non dice dal giorno della domanda del capitale, ma semplicemente dal giorno *della domanda*, o siccome non parla che degl'interessi, così le sue espressioni non possono riferirsi che agl'interessi: ciò che diviene ancora più chiaro, confrondando questo articolo coll'art. 1160, il quale stabilisce che la *domanda degl'interessi* proposta contro uno de'debitori solidali fa correre gl'interessi per tutti—A questo ragioni à fatto plauso la nostra Corte Suprema di giustizia con arresto a camere riunite del dì 27 luglio 1836 (causa *Feraldo* e *Ferrari*) col quale si giudicò, che il precetto a pagare un capitale scaduto che non produceva interesse legale o convenzionale, non era sufficiente a far correre gl'interessi moratorl, poichè il precetto non equivale alla domanda, ma à unicamente in mira di prevenire il debitore, affinchè si prepari a pagare un debito esigibile. In una parola, è causa del debito degl'interessi, la *mora*: la *domanda* è l'otto che fa cominciargli a decorrere.

Ma se il debitore nel prendere ad interesse una somma di danaro, si è obbligato di restituirla in un certo tempo, o di pagarne l'interesse fino a quell'epoca, l'interesse continua esso a decorrere in difetto di restituzione, dopo spirato il termine convenuto? La negativa si è decisa dalla cassazione di Parigi (in Merlin, rep., v. *intérêt*, § 4, n. 22), con arresto del 10 settembre 1811; ma la dottrina contraria sostenuta da Merlin nelle quistioni, v. *inscription ipotec.*, § 1, ci sembra più conforme alla giustizia, quantunque non l'avesse corroborata di ragionamento. Imperciocchè, noi osserviamo, è vero che gl'interessi i quali non sono stipulati che per uno spazio di tempo designato, cessano di correre allo spirar di tal tempo; e che una domanda giudiziale può solo, a quest'epoca, far ad essi riprendere il loro corso. Ma quando le parti stabiliscono che il capitale dev'essere rimborsato nella tale scadenza, ed in quanto agl'interessi niun termine è fissato al loro corso, è naturale il comprendere che se la restituzione del capitale non viene effettuata, il creditore non deve cessare di percepire gl'interessi di quel capitale fruttifero che per la mora del debitore non viene restituito. Il Presidente Fabro (Cod. lib. 4, tit. 24, def. 1) stabilì all'uopo la regola: *usurae promissae ad certum tempus in perpetuum debentur, quamdiu nec solutio, nec nova de usuris conventio facta est, nisi contraria observatio secuta sit.*

II. Il creditore, abbiamo detto, acquista diritto a richiedere gl'interessi giudiziari dal dì della domanda; ma debbono essere aggiudicati dal giudice per costringere il debitore al pagamento; così che, se il creditore domanda il capitale e gl'interessi, ed il giudice obblia di aggiudicare gl'interessi, non si può procedere all'esecuzione per gl'interessi, perchè ne manca la *condanna* richiesta dall'art. 1107. La l. 4, C. *depositi* formalmente decide, che come prima il capitale sia puramente e semplicemente aggiudicato, il creditore non è più ammessibile a dimandarne gl'interessi. Su di che è da osservarsi, che la decisione della l. 4, C. *depositi* non è che a riguardo degl'interessi puramente giudiziali. Perciò Gotofredo sopra questa legge medesima osserva, che si possono anche dopo la sentenza sol capitale, reclamare gl'interessi che erano stati legittimamente stipulati: *usurarum promissarum ex stipulatione, duae sunt obligationes: usurarum ex mora, unica obligatio; hae peti non possunt: priores possunt.* Voet *ad pandectas* tit. *de usuris*, n. 16, fa la medesima distinzione, e la conferma, in ciò che riguarda gl'interessi convenzionali, con la l. 75, § 9, ff. *de verb. obligat.* La medesima distinzione era nel regno ammessa da gravi giureconsulti, come può vedersi in de Marinis, *resol.*, lib. 1, cap. 198, n. 8 e 11.

III.

Delle cause per le quali gl'interessi si estinguono o cessano di decorrere.

I. In generale gl'interessi non cessano di decorrere fino a che il capitale è dovuto. Le

La stessa regola si osserva per le restituzioni de' frutti e per gl' interessi pagati da un terzo al creditore a discarico del debitore (1).

---

cause quindi che a' termini dell'art. 1187 operano in generale l'estinzione delle obbligazioni, sono applicabili all'estinzione degl'interessi.

Sono importanto, in quanto alla estinzione degl'interessi, notevoli le seguenti cose:

1.° Allorchè il creditore riceve il pagamento del suo capitale senza riserva degl' interessi, la quietanza del capitale fa presumere il pagamento e la remissione degl' interessi. Questa regola debbesi applicare ad ogni sorta d'interessi, tanto legali, che convenzionali e giudiziali: Fabro, C. tit. de *usur.* def. 5; de Marinis, *resol.*, l. 1, cap. 198, n. 1 e seg.; art. 1780.

2.° Il sequestro presso il debitore di una somma che produce interessi, non fa cessare di pieno dritto gl' interessi. Il debitore che in questo caso vuol fare cessare gl' interessi è obbligato di depositare nelle casse pubbliche tutto ciò che deve tanto in capitale, quanto in interessi: art. 1216 e 1218 ll. cc., e 899 p. c. Merlin, rep., v. *intéret*, § 7, n. 4; Toullier, t. 7, n. 213, 214 e 215.

3.° Gl' interessi delle somme per le quali si concorre ne' giudizi di contributo e di graduazione, cessano dal dì della chiusura del verbale; art. 754, p. c., e art. 202 l. di esprop. del 29 dicembre 1828.

4.° In materia di aggiudicazione d' immobili venduti per espropriazione forzata, non v'à che il deposito del prezzo di aggiudicazione, che fa cessare di decorrere gl' interessi contro l'aggiudicatario: art. 71, leg. di espropriaz. del 29 dicembre 1828.

5.° La perenzione d'istanza estingue gl' interessi moratori e giudiziali; e siccome la perenzione d'istanza non estingue il capitale, fin che non è prescritto, così si può riprodurre la domanda degl' interessi con un nuovo atto di citazione, art. 494 p. c. — La perenzione d'istanza poi non estingue gl' interessi che son dovuti di pieno dritto o per effetto della convenzione, poichè quest' interessi durar debbono quanto dura il capitale, di cui sono l'accessorio. Merlin, rep., v. *intéret*, § 7, n. 8.

6.° La prescrizione quinquennale estingue ogni specie d'interessi: art. 2183.

II. Non debbesi perder di veduta una importante osservazione. Giustiniano con la l. 27, § 1, C. *de usuris* stabilì, che gl' interessi non potevano eccedere la somma del capitale che li avea prodotti (*). In odio degl' interessi usurari fu fatto questo regolamento, e col fine di evitare che il creditore rovinasse il debitore con un cumulo d' interessi. Ma molti stati di Europa non accolsero l'autorità della citata legge, come può vedersi in Voet, tit. *de usuris*, n. 18, ed in Domat, lib. 3, tit. 5, *noz. preliminari*; ed al presente giusta l'art. 1 del decreto del 21 maggio 1819, le leggi romane non avendo forza di legge nelle materia che formano oggetto delle disposizioni contenute nel codice, deve dirsi anche abrogata la citata l. 27, § 1, C. *de usuris*, come ne conviene Merlin, rep., v. *intéret*, § 7, n. 10. Imperciocchè la legge per impedire che la negligenza del creditore rovinasse il debitore, rende prescrittibili gl' interessi con l'elasso di cinque anni, art. 2183. Ma quando il creditore agisce, e si verificherà il caso che gl' interessi eccedono la somma del capitale a motivo che il debitore à moltiplicato le procedure per sottrarsi al pagamento di ciò che doveva, è giusto che il debitore non profitti de' suoi cavilli, e niente vi è d'illecito che si aggiudichino al creditore tutti gl' interessi scaduti, a qualunque somma essi possono ascendere.

(1) I. Gli articoli 1154 e 1155 del codice civile francese erano così concepiti:

Art. 1154. Gl' interessi scaduti de' capitali possono produrre interessi o in forza di una domanda fatta giudizialmente, o *in vigore di una convenzione speciale, purchè tanto nella domanda, quanto nella convenzione si tratti d' interessi dovuti almeno per un anno intero.*

Art. 1155. Ciò nondimeno le rendite scadute (continua come l'art. 1108 delle ll. cc.).

Si raccoglie dal riferito art. 1154, che il codice francese permetteva l'*anatocismo*, e l'oggetto dell'art. 1155, come à provato il sig. Toullier, t. 6, n. 274, era quello di servire di eccezione alla disposizione finale dell'art. 1154, che non permetteva di stipulare l' interesse degl' interessi, se non quando si trattava d' interessi dovuti almeno per un anno intero.

II. Il nostro legislatore sopprimendo nel suo codice l'art. 1154 del codice civile francese, à inteso di proibire l'anatocismo, contratto usurario vietato dal dritto antico (l. 27, ff. *de re judic.*, l. 28, C. *de usuris*, l. 20, C. *ex quibus caus. infam. irrogat.*), dalle leggi della Chiesa, dall'uso costante ricevuto nel nostro antico foro (come attestano, tra gli altri, de Franchis dec. 254 e de Marinis, resol., lib. 1, cap. 199), e confermato il divieto dal Re

---

(*) Questa legge, per la novella 160, non si applicava al caso in cui trattavasi degl' interessi de' fondi alienati con costituzione di rendita.

Ferdinando con rescritto del 1755. L'usuraria pravità è contraria alla morale ed alla religione, e l'uomo onesto non si espone mai a macchiare la sua coscienza ed alla pubblica riprensione per un male inteso ed irragionevole guadagno.

Ma il principio che vieta di accumulare interessi d'interessi de'capitali deve andare bene inteso, e non può estendersi alle rendite di altra natura. Ecco l'oggetto dell'art. 1108.

1.° In primo luogo questo articolo definisce, che i *frutti, le rendite scadute, come i fitti e le pigioni producono interessi dal dì della domanda o della convenzione* — Diceva la glossa *fructus fructum peti possunt*, in l. *cum autem*, § *cum redhiberetur*, ff. *de aedilitio edicto* — Domat (lib. 3, tit. 5, sez. 1, n. 10) si espresse all'uopo così: « Non bisogna confondere cogl' interessi (vietati) de' danari le rendite di un'altra natura, come il prezzo di un affitto, il pigione di una casa ed altre simili. Poichè queste sorte di rendita sono diverse dagl'interessi, in quanto che gl'interessi, non sono una rendita naturale (l. 62, ff. *de rei vindic.*; l. 121, ff. *de verb. signif.*), e non sono per parte del debitore, se non una pena che la legge gl'impone per la sua mora, e per parte del creditore un risarcimento della perdita che soffre per non essere pagato; laddove il prezzo de' frutti e delle pigioni è una rendita naturale, che per parte del debitore è il valore di un godimento di cui à profittato, e per parte del creditore un bene effettivo, che nelle sue mani fa un capitale come gli altri suoi beni. Perciò il debitore del prezzo di un affitto o di un pigione, giustamente ne deve gl'interessi dopo la domanda; l. 17, § 4, ff. *de usur.*; l. 54, ff. *locati.* »

2.° Gli arretrati delle rendite perpetue e vitalizie producono anche interesse dal dì della domanda o della convenzione. Era questo nell'antico foro la opinione degli scrittori i più scrupolosi: de Franchis, *decis. 254*, *cum* de Luca: de Marinis, *resol. jur.*, l. 1, cap. 199, n. 1 a 2.

Quistione — Gl'interessi de' frutti e delle rendite sono dovuti dal giorno della domanda, quando i frutti non sono ancora liquidati? Si è detto per la negativa, che un credito non liquidato non produce interessi; che gl'interessi essendo una pena della mora, il debitore non è in ritardo di pagare, quando il debito non è liquido. Ma per vedere quanto sia erronea questa dottrina, basterà l'osservare, che nel progetto dell'art. in esame eranvi le parole, *a cominciare dal giorno della liquidazione*. Queste parole furono soppresse sulle osservazioni del Tribunato, che ragionò così la sua emenda. « Sopprimersi le parole *a cominciare dal giorno della liquidazione;* altrimenti la mala fede si prevalerebbe di questa » disposizione particolare, ed i debitori malintenzionati impiegherebbero tutti gli artifizi » che può suggerire lo spirito di cavillo, per ritardare la liquidazione fin che sarà possibile. Eglino vi saranno incoraggiati dal vantaggio di conservare un capitale di cui ritrarrebbero forte interesse; mentre che non ne pagherebbero alcuno sino al giorno della liquidazione ». Locré, t. 6, p. 127, n. 15 — Così à deciso la cassazione di Parigi con arresto del 21 novembre 1820, Sirey, 21, 1, 392.

3.° *La stessa regola*, dice il 2.° comma dell'art. 1108, *si osserva per gl'interessi pagati da un terzo al creditore a discarico del debitore* — Per bene comprendere il senso di questa disposizione, sulla quale non si sono fermati gli scrittori moderni, bisogna percorrere la storia del dritto in siffatta materia. Nell'antico foro era una grave quistione, se colui che avea pagato pel debitore un capitale cogl' interessi, ottenendo la cessione dal creditore, potea agire contro il debitor ceduto pel conseguimento degl'interessi tanto del capitale, che dagl'interessi pagati. Gli scrittori andarono in diverse sentenze ed una confusione d'idee si legge negli opposti argomenti; ma Olea nel suo classico trattato *de cessione jurium et actionum*, tit. 5, *quaest.* 5, n. 53 a 58, à ridotto la quistione al suo vero punto, dimostrando con solidi argomenti, che non può dirsi per regola assoluta, che al cessionario sono dovuti gl'interessi degl'interessi, ma lo sono quando il pagamento fatto dal cessionario à procurato il vantaggio del debitore. Così, se un terzo paga pel debitore la sorte con gl'interessi, e vuole indi agire contro il debitore sia con l'azione *gestorum negotiorum*, sia per effetto di una cessione espressa del creditore; non può domandare contro il debitor ceduto gl'interessi degl'interessi pagati, perciocchè il cedente non poteva trasferire al cessionario maggiori dritti di quelli che aveva; ed il cessionario non poteva certamente gravare la condizione del debitore con un pagamento fatto alla insaputa del debitore. Similmente, se un creditore paga il capitale e gl'interessi dovuti dal suo debitore ad un altro creditore più antico di lui, non potrà pretendere contro il debitore gl'interessi della somma pagata al primo creditore per rapporto agl' interessi che gli eran dovuti; poichè con questo pagamento à procurato soltanto di fare il suo vantaggio, e non quello del suo debitore; l. 12, § 6, ff. *qui pot.*, e l. 21, C. *de pig. et hypot.* — Ma se è il fidejussore o il mandatario che anno pagato pel debitore principale un capitale cogl'interessi, costui deve gl'interessi degl'interessi, quantunque niuna cessione siesi ottenuta dal fidejussore o mandatario, per-

SEZIONE V.

Della interpetrazione delle convenzioni (1).

V. gli art. 1128, 1448, 1921.

1109. Nelle convenzioni si dee indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzi che attenersi al senso letterale delle parole (2).

1110. Quando una clausola è suscettiva di due sensi, si debbe intendere in quello con cui può aver qualche effetto, piuttosto che in quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno (3).

1111. Le parole suscettive di due sensi debbono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto (4).

V. l'art. 1089.

1112. Ciò che è ambiguo, s'interpetra da ciò che si pratica nel paese dove si è stipulato il contratto (5).

---

ciocchè gl'interessi pagati dal fidejussore o mandatario sono per essi una somma capitale pagata pel debitore, e quindi deve produrre interessi in beneficio del terzo: lo stesso deve dirsi, se il terzo che non è nè fidejussore nè mandatario, paga al creditore col consenso del debitore: l'utile essendo tutto del debitore, al terzo che à pagato col costui consenso si debbono gl'interessi degl'interessi pagati.

Così è da noi raccapitolata l'antica discussione, la quale ci sembra di aver servito di base alla compilazione dell'articolo in esame, per la ragione che nel processo verbale del consiglio di Stato di Francia (in Locré, t. 6, p. 83, n. 51) si legge una breve discussione che dà all'articolo il senso nel modo di sopra esposto.

(1) Vedi la nota alla p. 56 (*regola quinta*) e la nota 2, p. 242.

Le regole in questa sezione tracciate sono quasi alla lettera copiate da Pothier, che le ricavò con somma cura dal dritto romano, fonte della sapienza civile.

(2) *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam, verba spectari placuit*, l. 219, ff. *de verb. sign.—Semper in stipulationibus, et in coeteris contractibus, id sequimur, quod actum est;* l. 34, ff. *de reg. jur.—Quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusque capit interpretationem;* l. 168, § 1, ff. *de reg. jur.*

Ma conviene osservare, che quando l'intenzione delle parti si manifesta sufficientemente da' *termini* che sono stati adoperati, non fa d'uopo ricorrere alla interpetrazione. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admiti voluntatis quaestio*, l. 25, § 1, ff. *de legatis 3.°* V. Cujacio su questa l., e sulla l. 19, ff. *de usuf. legat.* Processo verbale del consiglio di Stato, in Locré, t. 6, p. 84, n. 55 e 56; Toullier, t. 6, n. 305 a 317.

Le espressioni che in niun conto possono avere qualche senso si rigettano, come se non fossero state giammai scritte; l. 73, § 3, ff. *de reg. jur.* Domat, lib. 1, tit. 1, sez. 2, n. 22; Toullier, t. 6, n. 332.

Gli errori di scrittura, che possono essere corretti con intendersene il senso, non impediscono l'effetto che deve avere la convenzione. *Si librarius in trascribendis stipulationis verbis errasset, nihil nocere;* l. 92, ff. *de reg. jur.* Domat. lib. 1, tit. 1, sez. 2, n. 21; Toullier, t. 6, n. 331.

(3) *Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est: commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat, quam pereat*; l. 13, ff *de reb. dubiis.—Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, in tuto sit*; l. 80, ff. *de verb. obligat.* Pothier, *obligat.*, n. 92; Domat, lib. 1, tit. 1, sez. 2, n. 14; Duranton, t. 10, n. 509, 510 e 511.

Sull'applicazione della regola esposta, in quanto alle formalità estrinseche de' testamenti, v. la p. 7, *numero ottavo*.

(4) *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit: ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est;* l. 67, ff. *de reg. jur.* Da ciò nasce che comunemente si dice di dovere i termini di una convenzione essere intesi *secundum subiectam materiam*. Pothier, obl., n. 43; Toullier, t. 6, n. 322; Duranton, t. 10, n. 512 a 515.

(5) *Semper in stipulationibus et in coeteris contractibus id sequimur quod actum est; aut si non appareat quod actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur;* l. 34, ff. *de reg. jur.—In obscuris inspici solet quod verisimi-*

V. gli art. 1029, ll. cc., e 131, 264, *leg. di eccez.*

1113. Ne' contratti si debbono aver per apposte le clausole che sono di uso, ancorchè non vi sieno espresse (1).

1114. Le clausole de' contratti s'interpetrano le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall'atto intero (2).

V. l'art. 1448.

1115. Nel dubbio la convenzione s'interpetra contro colui che ha stipulato, ed a favore di quello che ha contratto l'obbligazione (3).

V. gli art. 1920 e 1921.

1116. Per quanto sieno generali i termini co' quali si è espressa una convenzione, essa non comprende se non le cose, sopra le quali apparisce che le parti si abbiano proposto di contrattare (4).

---

lius est, aut quod plerumque fieri solet; l. 114, ff. *de reg. jur.*—Seguendo questa regola, se io ho fatto un contratto con un vignajuolo, che debba coltivare la mia vigna per un anno, senza specificare la quantità de' travagli che debbe fare, si reputa di aver noi convenuto ch'egli farebbe quelle fatiche solito a farsi nel paese. Pothier *obligat.*, n. 94.

(1) V. la nota 1, p. 245, n. 2.

(2) La legge 126, ff. *de verb. obligat.*, somministra un esempio per questa regola. Nella specie di questa legge fassi il caso che, se in un contratto di vendita di un fondo vi fosse una clausola, con la quale erasi detto che lo stesso restava venduto *ut optimus maximus*, cioè libero da ogni peso; con una seconda clausola era detto che il venditore non intendeva esser mallevadore che de' suoi fatti; questa seconda clausola serve d'interpetrazione alla prima, e ne restringe la generalità de' termini a questo senso, che il venditore per la prima clausola non à inteso promettere ed assicurare altra cosa, se non quella, ch'egli non avea imposto alcun peso al fondo, e ch'era per conseguento libero da que' che ci si potevane imporre; ma non mai da que' che avrebbero potuto essere stati imposti da' suoi autori, di cui non avea conoscenza. Pothier, *obl.*, n. 96; Domat, lib. 1, tit. 1, sez. 2, n. 12.

In conseguenza di questa regola, egli è chiaro che ciò che si è detto nel preambolo di un atto, serve a determinare il senso delle clausole del contratto, ed a scovrire l'intenzione delle parti; l. 134, § 1, ff. *de verb. obligat.*

Aggiungiamo che in un contratto, tutte le clausole sono talmente correlative, che la ritrattazione di una parte di queste clausole importa necessariamente la ritrattazione dell'altra parte. Imperciocchè in un contratto, ammeno che non contenga la pruova chiara del contrario, si deve presumere che tutti gli articoli, quantunque distinti, si sono stipulati gli uni in considerazione degli altri; che gli uni servono di condizione agli altri; e, che in caso d'inesecuzione di questi, l'esecuzione degli altri non sarà forzata. *Unius ejusdem contractus* (dice Grozio *de jure belli et pacis*, lib. 3, cap. 19, n. 14) *capita singula alia aliis inesse videntur per modum conditionis.*

(3) *In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*; l. 38, § 18, ff. *de verb. obligat.*—*Fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulari liberum fuit verba late concipere*; l. 99, ff. *eod.* Il creditore dee imputare a se stesso di non essersi meglio spiegato — È una conseguenza di questo principio: 1.° che in difetto di convensione, il pagamento si fa al domicilio del debitore, art. 1200; 2.° che si dove restringere l'obbligazione al senso che la diminuisce: *semper in obscuris quod minimum est sequimur*; l. 9, ff. *de reg. jur.*; donde consegue ciò che si legge nella l. 109, ff. *de V. Ob.*: *Si ita stipulatus fuero, DECEM AUT QUINDECIM DABIS, decem debentur. Item si ita: POST ANNUM AUT BIENNIUM DABIS, post biennium debentur; quia in stipulationibus id servatur, ut quod minus esset, quod longius esse videtur, in obligationem deductum.* 3.° Che nell'incertezza non si dove supporre obbligazione, e si deve inclinar contro l'esistenza dell'obbligazione; l. 47, ff. *de obligat. et act.*

Ciò non pertanto, l'esposta regola va soggetta a varie eccezioni; quando cioè, l'obbligato era egli tenuto di spiegarsi chiaramente, o quando l'oscurità o l'ambiguità è l'effetto della sua mala fede. Da ciò nasce che per l'art. 1448 ogni patto oscuro s'interpetra contro il venditore; perchè egli è tenuto a spiegare chiaramente quello a cui si obbliga. La verosimiglianza in somma, o ciò che si fa più ordinariamente, può fare interpetrare la oscurità contro il debitore: *in obscuris inspici solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet*; l. 114, ff. *de reg. jur.* Per esempio, se io ho promesso di pagarvi *alla fine di gennajo*, senz' aggiungere *prossimo*, ducati 100, è verosimile che si deve decidere che io ho inteso di pagare nel mese di gennaio prossimo; l. 41, ff. *de verb. obligat.*; Cujacio sulla l. 39, ff. *de pactis*; Domat, lib. 1, tit. 1, sez. 2, n. 15 e 16; Toullier, t. 6, n. 324 e 325.

(4) *Iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non est*; l. 9, § ult. ff. *de trans.* Così una quietanza generale relativa ad un conto di dare ed avere non estingue quelle obbli-

1117. Quando in un contratto si è espresso un caso ad oggetto di spiegare l'obbligazione, non si presume di aver voluto con ciò escludere i casi non espressi a'quali per legge può estendersi l'obbligazione (1).

SEZIONE VI.

Dell'effetto delle convenzioni riguardo a' terzi.

1118. Le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti: esse non pregiudicano nè giovano a'terzi, fuorchè nel caso preveduto nell' articolo 1075 (2).

V. gli art. 1076, 1235, 1241, 1319, 1877, 1881, 1923 ll. cc., e 1098 p. c.

1119. Nondimeno i creditori possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del lor debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali (3).

---

gazieni, che nen sono slate comprese in quel calcole; l. 47, in fine ff. *de pactis*—Se ò transatto con voi sopra certi dritti, non ò nociuto agli altri che nen conosceva, quantunque vi abbia quietato di egni cosa verso di me; l. 9, § ult. ff. *de transact.*; art. 1920, 1921.

Ma quando una convenziene cade sopra una totalità di cose, comprende anche quelle che le parti non conoscevano. Così una vendita di eredità si estende a tutto quello che ne dipende; art. 1542 e 1543; l. 29, C. *de transact.*; Pothier, *obligat.*, n. 99.

(1) *Quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus comune non laedunt*; l. 81, ff. *de reg. jur.*

Esempie. Si conviene in *un contratto di matrimonio*, che i mobili delle successioni che potranno pervenire a'conjugi, entreranno ie cemunione. E chiare che si è avuto solamente in mira di prevenire ogni difficoltà sopra queste punto, e che non si è in verue modo pensato ad escludere dalla comunione gli altri beni o gli altri dritti che possono entrarvi. Pethior, *obligat.* n. 100.

(2) Le convenzieni non possono operare che tra le parti coetraenti seltaeto, per la ragione datane nella nota 2, p. 229. Desse quindi non pessono nuocere, nè giovare a'terzi, dice l'art. in esame, in conseguenza delle disposizieni degli art. 1073 e 1088. E siccome le obbligazioni personali possono esistere non solo per effette di convenzione, ma possono altresì derivare da'quasi contratti, da'delitti e quasi delitti, § 2, Iustit. *de obligat.*, art. 1324; così queste specie di obbligazioni sone pure sottoposte al principio generale, che non posseno giovare nè nuocere a'terzi. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 2226.

Ma la esposta regola, che le obbligazioni non giovano nè nuoccione a' terzi, ammette delle eccezioni; o per meglio dire, queste eccezioni non sono che delle applicazioni di un principio a taluoo specie particolari. L'art. ie esame indica per eccezione il caso contemplato dall'art. 1075, su di che è a vedersi la nota 1, p. 231; ma vi sone altre eccezioni, che possono ridursi alle seguenti:

1.° Il contratto di accordo formato dalla maggieranza de'crediteri di un fallito, è ebbligatorio per la minoranza, art. 511 e seg. *leg. di ecces.* La legge riguarda il consenso che si rifiuta di dare, come il frutto di uoa cattiva combinazione; essa supplisce questo consenso nella persuasione di essere migliore il partito preferite dalla pluralità. Pothier, *obligat.*, n. 88; Pardessus, *droit commerc.*, n. 1231.

2.° Il fideiussore può invocare il patto col quale il creditore fece remissieee del debito al debitore, 1241; Pothier, *obligat.*, n. 89; Duranton, t. 10, n. 539 e 540; Teullier, t. 7, n. 330.

3.° Con la novazione tra il creditore e 'l debitore rimangoee liberati i fidejussori ed i condebitori, art. 1235.

4.° Il giurameoto deferito (ch'è una transazione) dal creditore al debitore, libera i fideiussori e giova a'eoodebitori, art. 1319.

5.° I chiamati ed una sostituzione permessa dagli art. 1003 e seg., o ad una istituzione per contratto di matrimonio, giusta gli art. 1038 e 1040, i cui effetti passano a'figli, profittane anche de'benefizi di un atto in cui non fossero intervenuti. Pothier, *obligat.* n. 90; Duranteu t. 10, n. 541.

(3) In due modi il debitore può togliere a' creditori la garantia che deriva da' beni che gli appartengono: o con la negligenza, nel non usare de'suoi dritti; o con la mala fede praticata in pregiudizio de'creditori. L'art. in esame à per oggetto di evviare alla negligenza del debitore, accordando al creditore l'aziene di avvalersi de'dritti competenti al debitore negligente. L'articolo seguente poi soccorre i creditori coetro il debitore di mala fede, con l'azione chiamata in dritto *pauliana*.

Dovendo adunque qui spiegare la lezione dell'art. 1119 dagli scrittori moderni non a fondo trattata, ci sembra cosa opportuna discorrere la materia sotto un triplice punto di veduta: 1.° Su ch'è fondato il dritto che appartiene a'creditori di esercitare i dritti o le azioni dal loro debitore, e qual è il procedimento per giungere a questo scopo; 2.° Quali sono gli effetti dell'esercizio di questi dritti in rapporto alle terze persone che possono aver interesse alla cosa, ed in rapporto a'creditori comparativamente al loro debitore; 3.° Quali sono i dritti personali al debitore, i quali non possono esercitarsi da'creditori. Ciò formerà il subietto di 3 §.

I.

Fondamento del dritto che appartiene a' creditori di esercitare i dritti e le azioni del loro debitore; e qual è il procedimento per giungere a tale scopo.

I. *Fondamento di questo dritto*—Dalla regola stabilita nella nota precedente, deve rigorosamente dedursi, che i creditori personali non possono intentare una domanda giudiziaria contro il debitore dal loro debitore, perciocchè agirebbero contro un individuo che non è obbligato verso di loro; e d'altronde un'azione personale non può esser diretta contro colui che niente deve personalmente all'attore. È questo un punto di dritto stabilito dalla l. penult. Cod. *de novat.*, dalla l. 3, Cod. *de obligat.*, e sviluppato dottamente da Cujacio, *observat.* lib. 8, cap. 19, e nelle *recit. ad* l. 3, Cod. *de obligat.*; e dal Presidente Fabro, *de erroribus pragmaticorum, decad. 5, error. 10*; e *rationalia ad* l. *si convenerit* ff. *de pignorat. act.*, litt. A *circa finem.*

Ma è pur vero, che i crediti che vantiamo contro coloro che ci sono personalmente obbligati, sono in commercio, come gli altri beni; ed in conseguenza il creditore può divenir cessionario del suo debitore che è creditore di un terzo. Or questa cessione da' dritti del debitore può essere volontaria o forzata. I creditori diventano volontariamente cessionari de'loro debitori, quando costoro delegano o cedono in pagamento i crediti che vantano contro un terzo; e questa cessione fa sì che divontano proprietari del credito ceduto; l. 5, C. *quando fiscus vel privat.*; art. 1225, 1535 e seg. — La cessione può essere altresì forzata, perciocchè i beni dal debitore formando la garantia da'creditori, art. 1962, fra questi beni sonovi al certo i dritti o le azioni che competono al debitore, l. 181, ff. *de verb. signif.* In conseguenza di questo principio, i creditori possono farsi surrogare giudiziariamente nell'esercizio dei dritti del loro debitore, e questa cessione forzata può chiamarsi *surrogazione giudiziaria*, la quale prende origine dalla novella 135 *ne quis cogatur cedere bonis*, come può vedersi in Cujacio su detta novella, ed in Olea *de cessione jurium*, tit. 4, *quaest.* 4, n. 6.

Il dritto dunque de'creditori di farsi surrogare nelle azioni dal loro debitore, è fondato sul principio che i beni presenti e futuri del debitore sono la garantia de' suoi creditori.

II. *Quali sono questi dritti che possono esercitare i creditori*—Possono i creditori esercitare, dice l'art. 1119, *tutt'i dritti* e *tutte le azioni del debitore*. Se il debitore non fosse negligente ad avvalersi de'suoi dritti, esercitandoli, formerebbero parte de'suoi beni obbligati a'creditori, art. 1962 e 1963. È perciò che per effetto della surrogazione giudiziaria i creditori sono autorizzati ad esercitare *tutt' i dritti* del debitore, poichè *alienare quoque dicitur qui non utendo amisit*, l. 28, ff. *de verb. signif.*; non che ad esercitare tutte le *azioni*, ed i creditori sono interessati ad esercitare le *azioni* (*personali e reali*, l. 178, § 2, ff. *de V. S.*) del debitore, poichè *qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*, l. 15, ff. *de reg. jur.* Conseguentemente i creditori possono esercitare il patto di ricompra stipulato dal loro debitore, art. 1519; l'azione di rescissione per viltà di prezzo, art. 1520; l'azione di nullità di un testamento che toglia al debitore una successione; l'azione di fare assicurare (come osserva Pardessus, *droit commerc.*, n. 589) i beni del debitore; di rivindicare un immobile; di mettere un'ostacolo alla prescrizione; di chiedere la collazione o la riduzione dovuta al debitore erede (vedi nel t. 1, nota 1, p. 326 a 328 in fine, e nota 2, p. 401 e 402 in fine); prendere una iscrizione ipotecaria per conservare i dritti del loro debitore, art. 861, p. c.; l'azione d'impugnare con i rimedi ordinari o straordinari un giudicato profferito contro il loro debitore, salvo anche, come vedremo nella nota seguente, d'impugnare i giudicati irretrattabili, quante volte sievi stata collusione tra il debitore e l'altra parte.

III. *Procedimento per ottenere la surrogazione de' dritti del debitore* — L'intervento della giustizia è necessario per ottenere la surrogazione giudiziaria, nell'azione che vuole il creditore esercitare sino alla concorrenza del suo credito. Senza questo intervento della

giustizia, l'intrapresa cha vorrebbe il creditore fare di sua propria autorità senza sentirsi il debitore, non sarebbe che una via di fatto, o una invasiene illecita de' dritti di costui, l. 11, C. *de pignoratia actione*. Conviene quindi che il creditore citi *ad hoc* il debitore, il quale può avere delle ragioni a contrastare, sia l'esistenza del debito, sia ad opporre eccezioni perentorie contro l'azione, sia perchè potrebbe avere un interesse ad impedire che si esercitassero in suo nome delle azioni contro i terzi. Ciò che l'antica scuola esprimeva col canone, che per potersi agire contro il debitore del debitore, era indispensabile, che il debitore principale fosse condannato; Olea, *de cessione jurium*, tit. 4, *quaest.* 4, n. 8. E sotto l'impero del codice questa teorica prende altresì argomento dall' art. 705, ov' è detto, ch' i creditori dell'erede che rinuncia ad una successione, in pregiudizio de' loro dritti, *possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla*, in luogo del loro debitore. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 2237 a 2243.

Poichè dunque l'intervento della giustizia è indispensabile per ottenere i creditori la surrogazione giudiziaria delle ragioni competenti al loro debitore contro i terzi, bisogna conoscere il modo con cui i creditori possono conseguire questo fine; o in altri termini, innanzi a quale tribunale e come possono procedere. Or tre casi possono presentarsi, e che ci faremo a sviluppare.

Primo caso — Intervento del creditore nel giudizio tra il suo debitore ed il terzo — Il creditore può certamente intervenire nel giudizio che agita il suo debitore contro il terzo, e domandare che il suo credito sia dichiarato legittimo, quante volte fosse contestato, ed in conseguenza chiedere dal tribunale la surrogazione nell'esercizio de' dritti del suo debitore per farli valere sino alle concorrenza di ciò che egli è dovuto. Questo metodo è alcerto regolare, poichè il giudice pronunzie con conoscenza di causa, su' dritti di tutte le parti interessate. Proudhon, n. 2245.

Secondo caso—Domanda di surrogazione giudiziaria, quando il debitore e'l terzo sono sotto la giurisdizione dello stesso tribunale — In due modi può procedere In questo caso il creditore. O convenire in giudizio preliminarmente il debitore per essere surrogato nelle costui ragioni contro il terzo; o cumulare la domanda contro il debitore o contro il terzo: l'una è l'altra maniera è regolare. È regolare il primo modo col quale il creditore che agisce soltanto contro il debitore, non ferisce gl'interessi del terzo; perciocchè, siccome il debitore cha cede volontariamente al creditore le sue ragioni che vanta contro un terzo, non fa che disporre della cosa sua, senza offendere i dritti del terzo; così il creditore che si contenta di ottenere la surrogazione in contraddizione o debitamente citato il solo debitore, non fa che avvalersi de' suoi dritti; ed è sempre salvo al terzo di opporre al surrogato creditore tutte le eccezioni che potrebbe opporre al debitore.—Il secondo metodo è anche regolare, poichè la causa della surrogazione e quella del merito contro il terzo essendo devoluta al medesimo giudice, l'economia de' giudizi e l'interesse stesso delle parti richiede che possa farsi un solo giudizio. Proudhon, n. 2246, 2247, 2248 e 2285.

Terzo caso— Quando il debitore e 'l terzo sono sotto la giurisdizione di diversi tribunali—La giurisdizione del tribunale può esser diversa, o pel domicilio diverso del debitore e del terzo, o perchè quantunque domiciliati sotto la giurisdizione dello stesso giudice, l'azione del debitore contro il terzo è reale e per la situazione della cosa ne compete la conoscenza ad altro tribunale. In questo caso non si potrebbe cumulare l'azione in surrogazione, e quella di far valore l'azione contro il terzo, poichè non sono i medesimi giudici competenti a conoscere dell'une e dell'altr' azione. Se non ci sarebbe giustizia a tradurre il debitore avanti al giudice del terzo, molto meno ce ne sarebbe pel terzo che fosse convenuto avanti al giudice del debitore; se non potrebbe il debitore distrarre il terzo dal suo giudice naturale, come lo potrebbe il creditore del debitore? Ed all'uopo ben diceva un antico scrittore: *creditorem non posse plus juris habere, virtute suae obligationis, in exigendo debitore debitoris sui, quam habet debitor suus illorum creditor*. In somma il creditore non può agire contro il debitore del suo debitore, che nel modo e nella forma con cui dovrebbe procedere il debitore. Fabro, C. lib. 4, tit. 10, def. 6; Olea *de cessione jurium*, tit. 4, *quaest.* 4, n. 15.

Dal che si conchiude, che il creditore deve prima agire in surrogazione contro il debitore, ed indi procedere contro il terzo, salvo a costui il dritto di opporre tutte le eccezioni tendenti a respingere la domanda. Proudhon, n. 2249 a 2256, e 2285.

II.

Effetti dell'esercizio de' dritti della surrogazione giudiziaria in rapporto al terzo, e riguardo a' creditori tra loro.

Gli effetti della surrogazione giudiziaria debbono considerarsi sotto un triplice punto di

veduta; cioè tra il creditore surrogato e 'l terzo; tra il debitore del creditore surrogato e 'l terzo; tra gli altri creditori del debitore i quali non ànno ottenuto la surrogazione. Sviluppiamo queste proposizioni.

I. *Effetti tra il creditore surrogato e 'l terzo* — L'azione in surrogazione à per oggetto di ottenere da' beni del debitore negligente il pagamento della somma dovuta al creditore che ottiene la surrogazione. Ottenuta quindi la surrogazione, il creditore non agisce contro il terzo per fare sì che la cosa dovuta al suo debitore gli sia aggiudicata in natura, o gli si paghi il prezzo che potrà derivarne. Egli non può domandare su questo prezzo, che un valore eguale al credito che gli è dovuto, perciocchè l'azione contro il debitore è puramente personale, e non è il creditore che *procurator in rem suam*, quando in nome del debitore medesimo sperimenta contro il terzo quell' azione che competerebbe al debitore: Proudhon, n. 2261 a 2268—In conseguenza di questo principio può dedursi:

1.° Che i dritti del creditore non cominciano contro il terzo che dal momento in cui gli à notificato il giudicato di surrogazione ottenuto contro il debitore, arg. dell' art. 1536. Fino a questo momento quindi le convenzioni passate tra il terzo e 'l debitore, non che i giudicati pronunziati tra loro, fanno stato in faccia al creditore, perciocchè il debitore avea certamente la facoltà di trattare col terzo, ed i creditori che sono aventi causa del debitore, debbono rispettare gli atti ed i giudicati ottenuti contro il loro autore, l. 9, § 2, ff. *de except. rei judicatae*. Proudhon. n. 2261, 2281, 2306.

2.° Che quando l'azione di colui che agisce come creditore surrogato si riferisce ad un'azione reale che compete al debitore, non produce l'effetto di rendere il creditore proprietario del fondo reclamato dal terzo; a differenza del cessionario volontario che ne diveota proprietario. Imperciocchè quando il creditore à ricevuto in pagamento la cessione delle azioni del suo debitore, egli agisce direttamente contro il terzo possessore, a suo profitto, per effetto dell'acquisto fattone dal debitore. Ma non è così quando il creditore non agisce che in virtù della surrogazione giudiziaria: egli non può ottenere che la facoltà di vendere l'immobile per esser pagato sul prezzo che proverrà della vendita, mentre in virtù della surrogazione giudiziaria non cessa di essere un creditore il quale non à che a ricuperare la somma dovutagli. Proudhon, n. 2266 e 2285.

3.° Che consegue delle cose esposte nel numero precedente; — 1.° Che il terzo possessore può, per mantenersi in possesso, impedire l'esercizio de' dritti del creditore, offrendogli il pagamento della somma dovutagli, poichè il creditore non à altra cosa a ripetere;— 2.° Che se il terzo possessore non paga, non può il creditore mettersi in possesso della cosa revindicata in nome del debitore, ma dove questa cosa mettersi in vendita nel fine di rimborsarsi il creditore sul prezzo che si ricaverà dalla cosa. Proudhoo, n. 2286 a 2292.

Quistione—Il terzo possessore può rinviare il creditore surrogato alla discussione preliminare de' beni del debitore, come nel caso dell' azione pauliana, di cui è parola nell' art. seguente? Il sig. Proudhon, n. 2290, sostiene la negativa « per la ragione, egli dice, » che agendo come creditore surrogato, io non propongo un'azione che mi è propria; io » non agisco che come rappresentante il padrone dell'azione; non può dunque il terzo op» pormi che le eccezioni che sarebbo obbligato di soffrire se agisse il mio debitore: or se » avesse il mio debitore diretto intentata l'azione in revindicazione, certamente il terzo pos» sessore non potrebbe respingere la sua domanda opponendo, ch' egli è ricco senza il fon» do revindicato, o che non ne à bisogno per pagaro i suoi debiti. Una simile eccezione » non può dunque essermi opposta, quando io agisco come surrogato a' suoi dritti ».

Ma la riferita quistione proposta come nuova dal sig. Proudhon, è antica, richiamato avendo le profonde meditazioni degli antichi giureconsulti; e la risoluzione negativa che lo stesso Proudhon à data, è contraria alla dottrina del vecchio foro. Comunemente gli antichi scrittori opinavano, fondandosi sulla l. 2, C. *quando fiscus vel privat.*, che il debitore del debitore poteva opporre la discussione de' beni del debitore principale, quando questa discussione era senza difficoltà. Ma altri ammisero una giudiziosa distinzione: se il debitore non avea obbligato i beni che dal suo debitore avea a conseguire, il creditore era nell'obbligo di discutere i beni mobili ed immobili del debitore principale, *quia*, dicevano gli scrittori sull' autorità della l. 15, § 8 ff. *de re judicata*, *certum est nomina debitorum non obligata, in executione capi non posse, nisi aliis bonis non existentibus*. Se poi il creditore che agiva era ipotecario, o per effetto della convenzione erasi dal debitore obbligata la cosa dovuta dal debitore del debitore, questo terzo non poteva opporre la escussione, poichè in questo caso era nell'arbitro del creditore, come risolta dalla l. 8, ff. *de distract. pig.*, di vendere indistintamente tutt'i beni del debitore, tra quali sonovi que' che sono presso il debitore del debitore. Fabro, lib. 8, *conject.*, cap. 7, e Cod., lib. 4, tit. 10, def. 2; Olea *de cessione jurium*, tit. 4, *quaest.* 4, n. 9.

A noi sembra applicabile al nuovo dritto la distinzione fatta dall'antica scuola sulla proposta quistione. Imperciocchè essendo il fondamento della surrogazione giudiziaria, l'interesse del creditore che viene pregiudicato dalla negligenza del debitore, il creditore che trova ne'beni posseduti dal debitore (nel senso degli art. 1894 e 1895) un pegno sufficiente pel conseguimento del suo credito, non dev'essere ammesso a molestare un terzo, contro cui il debitore principale à potuto avere gravi ragioni a non promuovere azione. Il soccorso dalla legge accordato a' creditori, non si deve intendere nel senso da molestare senza fondamento di ragione i terzi, e potrebbe questo soccorso nel senso di Proudhon inteso, diventare un semenzajo di litigi e turbare la pace delle famiglie. Non così poi se il debitore avea obbligato la cosa del suo debitore al creditore, e poteva ciò fare per la regola che chi à azione a ripetere una cosa, si reputa di possedere la cosa medesima, l. 15, ff. *de reg. jur.*; poichè in tal caso il creditore non fa che avvalersi de' suoi dritti, ed à bisogno della surrogazione giudiziaria unicamente perchè senza di essa non potrebbe agire contro il debitore del debitore.

Nè vale il dire, come fa Proudhon, che il terzo possessore non può fare al creditore quella eccezione che non potrebbe fare al debitore, nel cui nome agisce il creditore. Questa obiezione è più speciosa che solida, se per poco si osservi che il creditore agisce nel nome del debitore soltanto per avere ingresso all'azione contro il terzo, ma agisce nel proprio interesse e pel conseguimento del proprio credito, così che il terzo pagando il creditore, si estingue l'azione, come ne conviene lo stesso Proudhon. Dunque, se il fondamento di ogni azione è l'interesse, ed il creditore non è che *procurator ad rem suam*, perchè il terzo non potrebbe opporre al creditore che può esser direttamente soddisfatto dal debitore, la discussione de'beni di costui? Mancando l'elemento del pregiudizio a'suoi dritti, non manca forse di base l'esercizio della surrogazione?

II. *Effetti della surrogazione giudiziaria tra il debitore e 'l terzo* — La surrogazione giudiziaria ottenuta dal creditore contro il debitore e notificata al terzo, non spoglia il debitore de' suoi dritti contro il terzo, ma questi non potrebbe pagare il suo creditore che inteso il creditore di costui. Tranne ciò, se il debitore ch'è creditore del terzo se ne sta in silenzio, gli atti fatti dal creditore surrogato non giovano al suo debitore. Così, p. e., io creditore di Paolo in ducati 1000, mi fo surrogare nelle costui ragioni contro il suo debitore Tizio di cinquemila ducati. Se il debito di Tizio sta per prescriversi, gli atti fatti da me non interrompono la prescrizione nell' interesso di Paolo, perciocchè io non agisco nell'interesse del mio debitore per tutto ciò ch'eccede la somma dovutami. Or è certo, che l'interruzione civile (come insegnano gli autori, e specialmente Dunod, *prescription*, p. 61, Troplong, *prescription*, n. 627), non deve regolarmente profittare che a colui che la opera. Da ciò consegue altresì, che se trattasi di far vendere un immobile dovuto al debitore, l'eccedente del prezzo, pagato il creditore surrogato, rimane presso il terzo, contro il quale il debitore deve procedere in altro giudizio, se si trova in tempo utile. Proudhon, n. 2293 a 2309.

III. *Effetti della surrogazione giudiziaria tra i creditori del debitore* — Il creditore surrogato giudiziariamente ne'dritti del suo debitore, non à alcun privilegio sugli altri creditori, su ciò che provverrà, per effetto soltanto dell'esercizio dell'azione cui è stato surrogato. Imperciocchè la surrogazione di cui è qui parola, non è un atto convenzionale col quale siesi potuto stipulare un dritto di preferenza sugli altri; è al contrario un atto fatto mediante l'intervento della giustizia, avanti la quale tutt'i creditori sono eguali. Possono è vero, nel concorso di più creditori, esservi di coloro che per la natura del loro credito abbiano un dritto di preferenza su ciò che provviene da'beni del comune debitore, ma la sola surrogazione giudiziaria non è per se stessa attributiva di alcun privilegio. Proudhon, n. 2269, 2270 e 2309.

Ciò non ostante, la surrogazione giudiziaria è di tale importanza come atto conservatorio, che può avverarsi il caso che tra più creditori del medesimo debitore, coloro che non avranno richiesto la surrogazione giudiziaria potranno trovarsi decaduti da' loro dritti. Così, se il debito del terzo sta per prescriversi, coloro che non àn chiesto la surrogazione, si trovano esclusi, poichè il creditore che à notificato la surrogazione ed à interrotto la prescrizione, non è che *procurator ad rem suam;* se il debitore transige col terzo o rinuncia a' suoi dritti, questa transazione o rinuncia non potrà pregiudicare il creditore che à notificato la surrogazione, ma nell'interesse degli altri creditori l'atto del debitore fatto col suo debitore in buona fede, produce tutto il suo effetto; così che pagandosi il creditore surrogato, rimangono estinte tutte le azioni contro il terzo: Proudhon, n. 2271, 2272 e 2309.

III.

De' dritti personali che non possono esercitarsi da' creditori del debitore.

I. Se la regola generale è, che ogni dritto pecuniario per essere in commercio può formare oggetto di cessione volontaria, e per conseguente di surrogazione giudiziaria, sonovi non pertanto de' dritti talmente attaccati alla persona del debitore, che i suoi creditori non sarebbero ammessi a domandarne l'esercizio: *exceptiones quae personae cujusque cohaerent non transeunt ad alios*, l. 7, ff. *de except.* Questo principio dagli antichi giureconsulti stabilito sull'autorità di varie leggi romane (v. Olea, *de cessione jurium*, tit. 3, *quaest.* 1, n. 3 e 4), viene dall' art. 1119 confermato. Ma quali sono questi dritti inerenti alla persona del debitore che non possono da altri esercitarsi? Sarebbe impossibile di fare una enumerazione completa da' casi di questi dritti personali; ma è debito del giureconsulto di presentare un quadro de' principali di questi casi, onde dare applicazione ad un principio dalla legge stabilito.

Sono adunque *personali*, sia per loro natura, sia per una disposizione speciale della legge, i seguenti dritti:

1.° I dritti di uso e di abitazione sono esclusivamente attaccati alla persona del debitore; art. 555 e 556.

2.° La facoltà che l'art. 760 accorda agli eredi di escludere dalla divisione il cessionario di una quota ereditaria, non può esercitarsi da' creditori degli eredi, poichè bisogna avere la qualità ereditaria (t. 1, nota 1, p. 315) per essere ammesso ad esercitare il retratto successorio. Proudhon, n. 2345.

3.° I creditori particolari della moglie non possono, senza il di lei consenso, domandare la separazione de' beni, art. 1410. Qualunque potess'essere il loro interesso a questa separazione, la legge non permette loro d' interporsi tra il marito e la moglie, e di turbare la pace di questa famiglia. Nel caso di fallimento del marito, il citato art. 1410 permette a' creditori della moglie di esercitare le costei ragioni, perchè in questo caso vi è separazione di pieno dritto.

Ma non sempre è chiaro il conoscere se un dritto sia o pur no personale, ed i monumenti dell'antica giurisprudenza presentano su di ciò spinose difficoltà. È pregio dell'opera presentare le principali quistioni che possono all' uopo elevarsi:

Quistioni — 1.° I creditori possono in nome del debitore esercitare le azioni per costringere un terzo a prestare le opere promesse? Bisogna far distinzione fra le opere *officiali*, e le *artificiali* ossia *fabrili*. Chiamansi in dritto officiali, *officiales* come dice la l. 9, § 1, ff. *de operis libertorum*, le opere che consistono nell'officio dovuto ad una persona, e che si fanno senza il soccorso di alcun arte; tali sono i servigi di un domestico, di un vicario, di un agente. Sono artificiali o fabrili, *fabriles* dice la l. 6, ff. de tit., le opere che non riguardano le considerazioni della persona, ma i lavori che da' pittori, dagli scultori, dagli architetti e da qualunque artefice si sono promessi. Le opere officiali sono personali al debitore; ma le fabrili siccome possono cedersi, possono esercitarsi da' creditori per effetto della surrogazione giudiziaria. Vedi in Olea, *de cessione jurium*, tit. 3, *quaest.* 4, n. 10 seg., le autorità che confermano la risoluzione di questa quistione.

2.° I creditori possono farsi surrogare nel dritto di ottenere la rivoca di una donazione per causa d'ingratitudine? L'ingiuria essendo personale, è chiaro che i creditori non possono chiedere la rivoca della donazione subordinata ad un dritto personale; ma se il debitore donante avea promossa la domanda, possono continuarla non solo gli eredi, ma anche i creditori, art. 882. Proudhon, n. 2345; Duranton, t. 10, n. 559.

3.° Possono i creditori accettare nel loro interesse una donazione fatta al loro debitore? Sembra indubitata la negativa, perciocchè il dritto di accettare una donazione è talmente inerente alla persona del donatario, che non si trasmette a' suoi eredi, art. 856; a differenza del dritto di accettare una eredità trasmessibile agli eredi, art. 698 e 968. Se però il debitore à accettato la donazione, trascurando di trascriverla, possono i costui creditori curarne la trascrizione nel loro interesse, mentre la trascrizione non fa che consolidare quel dritto irrevocabilmente acquistato dal donatario, e che può esercitarsi dagli eredi, dal cessionario e da qualunque avente causa.

4.° Possono i creditori esercitare in nome del loro debitore un'azione civile nascente da reato? Se il reato è stato dal terzo commesso contro la persona del debitore, come una ingiuria, una ferita, i creditori non avrebbero evidentemente dritto ad esercitare un'azione civile subordinata ed una offesa personale ed alla punizione dalla quale può rinunciare il debitore. Ma se il reato risguarda la proprietà, come sarebbe un furto, un incendio, una

1120. Possono pure in lor proprio nome impugnare gli atti fatti dal lor debitore in frode delle loro ragioni (1).

V. gli art. 543, 547, 708, 789, 784, 798, 802, 1009, 1304, 1411, 2131.

---

usurpazione, una frode, i creditori non potrebbero agire che ne' termini di dritto; val dire promuovere un giudizio principale innanzi ai giudici civili, o attendere l'esito del giudizio penale, laddove sia stato introdotto, ed indi adire il giudice civile per le restituzioni e liquidazioni di danni. Ma i creditori non potrebbero costituirsi nel giudizio penale parte civile in luogo del debitore, poichè ne' giudizi penali essenzialmente di ordine pubblico, la costituzione di parte civile è un atto personale della persona offesa dal reato.

5.° I creditori della donna maritata, del minore o dell'interdetto, possono esercitare l'azione di nullità di una obbligazione contratta dal loro debitore? Per l'affermativa, vedi nel t. 1, nota a, p. 57, ed alle autorità ivi citate, aggiungi Duranton, t. 10, n. 561, e Proudhon, n. 2347. Per le stesse ragioni, i creditori possono allegare il mezzo di violenza di errore o di dolo che potrebbe invocare il loro debitore (*). Duranton t. 10, n. 562.

6.° I creditori del figlio, per quanto il loro interesse lo consente, possono il nome di lui, sperimentar l'azione per reclamo di stato? Quantunque Merlin (rep., v. *legitimité* sez. 4, § 5), adottasse implicitamente la dottrina di d'Aguesseau, che ammetteva i creditori del defunto figlio all'esercizio di quest'azione, Toullier, t. 2, n. 914 incontra dubbi ad adottarla, perciocchè secondo il complesso degli art. 250, 251 252 e 1119 sembra questa un'azione esclusivamente personale; e così pensa Duranton, t. 3, n. 160 e t. 10, n. 563.

7.° I creditori del parente, che sarebbe chiamato a succedere in luogo dell'indegno (art. 648) possono in suo nome esercitare l'azione per fare proclamare la indegnità, allorchè il debitore si tace? Chabot, *traité des succes.*, art. 727 (648) n. 21, considera questo dritto com' esclusivamente personale, e quindi da non potersi esercitare da' creditori, per la ragione che dipende dalla volontà del parente di promuovere quest' azione. Ma solo perchè l'esercizio di un' azione dipende dalla volontà del debitore, ne consegue forse che deve considerarsi com' esclusivamente personale? Allora tutte le azioni sarebbero esclusivamente personali. E poichè le imponente autorità di Chabot potrebbe formare molto peso, giova fare osservare qual è precisamente il senso delle parole i *dritti e le azioni esclusivamente personali*. Bisogna all'uopo ricorrere alla distinzione che fa la l. 196, ff. *de regulis juris*, tra i dritti inerenti alla cosa, ed i dritti personali. *Privilegia*, essa dice, *quaedam causae sunt, quaedam personae*. Ecco perchè, vi sono quelli che, essendo inerenti alla cosa, passano all' erede; *ideo quaedam ad haeredem transmittuntur, quae causae sunt;* ma l'erede non può pretendere a quelli che sono personali; *quae personae sunt, ad haeredem non transeunt.* Risulta chiaramente da questo testo, che in verità, vi sono de' dritti inerenti alla cosa, i quali non passano all' erede; ma che ogni altro dritto che passa all'erede, deve perciò solo considerarsi come inerente alla cosa, come non personale. Così, il dritto di un usufruttuario non passa all'erede, art. 542; ciò non ostante non può dirsi personale, perchè può esser ceduto venduto, sequestrato, art. 520. A più forte ragione non può dirsi personale il dritto che à un erede di chiedere il rilascio dell' eredità o del legato, poichè si trasmette all' erede, art. 698 e 968, e può esser anche ceduto, art. 697. Non si possono dunque considerare come personali, se non i dritti i quali simultaneamente non passano all'erede e non si possono cedere: quo' che possono passare in altre mani nell' una o nell' altra maniera, non lo sono *personali*, e soprattutto *esclusivamente*. Or si potrà dire che il dritto che appartiene al parente di far dichiarare la indegnità non è suscettibile di cessione per parte del parente debitore, nè trasferibile a' suoi eredi? No certamente; dunque l'esercizio dell' azione in parola può sperimentarsi da' creditori del debitore.

(1) Quando i creditori sono pregiudicati dalla negligenza del loro debitore che non si avvale de' suoi dritti, la legge, per ovviare a tale inconveniente, accorda a' creditori il dritto di farsi surrogere nelle ragioni del debitore: è questa la disposizione dell'art. 1119 ampiamente comentato nella nota precedente. Che diremo poi quando il debitore con mala fede aliena i suoi beni, o si spoglia de' suoi dritti per pregiudicare le ragioni de' suoi creditori? Il Pretore Paolo introdusse in Roma, ad utile de' creditori, l'azione chiamata *pauliana* dal nome dell' autore, ad oggetto di far rivocare le alienazioni e gli atti fatti dal debitore nel disegno di defraudargli de' loro crediti. Ampi sviluppamenti sulla natura di quest'azione, sugli atti che ne sono passibili, sulle condizioni richieste per esercitarsi e sulle conseguenze che ne derivano, si trovano nel titolo del digesto *de his quae in fraudem creditorum facta sunt*, nel titolo del codice *de revocandis his quae in fraudem creditorum*

(*) Solon, *traité des nullité*, t. 1, n. 471 convenendo di questa dottrina si sforza di confutare Toullier; ma è osservabile che questo giureconsulto ne à convenuto nel t. 7, nota al n. 569.

V. gli art. 745, 784, 802, 1400.

Debbono nondimeno, riguardo a'diritti enunciati nel titolo *delle succes-*

---

alienata sunt, e nel § 6 delle Instituta tit. *de actionibus*. L'articele in esame non facendo che annunciere in principio l'esercizio dell'azione *pauliana*, o altrimenti detta *rivocatoria*, conviene ricorrere a' citati fenti del dritto romano pe' dettagli. Per il che discorreremo in 3 §: 1.° Delle condizioni essenziali perchè sia esercibile l'azione *rivocatoria*; 2.° Quali sono gli atti che possono essere ettaccati come fraudolenti; 3.° Dell'azione che nasce dalla frode e suoi effetti.

I.

Delle condizioni essenziali perchè sia esercibile l'azione rivocatoria.

Preliminarmeeto deve netarsi, che quest'azione è accordata a'creditori chirografari ed anche agli ipotecari, ma è precisamente utile a' primi. Peresio, Cod., tit. *de revocand. his quae in fraud.*, n. 4; Voet, *ad pandectas*, tit. *quae in fraud.*, n. 3; Toullier, t. 6, nota al n. 354; Proudhoe, *de l'usufruit*, n. 2369; Greeier, *hypoteq.*, n. 368.

Perchè possa dirsi che il debitore à alienato in frode de'creditori, due condizieni debbono concorrere: il *disegno* di frodare, e l'*evento* del danno, ossia la perdita effettiva dei creditori. Ciò che le leggi romane energicamente esprimevene con le frasi, *CONSILIUM fraudis*, et *EVENTUS damni;* l. 1, C. *qui manumittere non possunt;* l. 15, ff. *quae in fraudem creditorum*; l. 79, ff. *de reg. jur.*—Sviluppiamo questi caneni fondamentali della materia.

I. Disegno *di frodare* — Avvi disegno di frodere, allorchè il debitere, conoscendo la sua inselvibilità, diminuisce ed eliena i suoi beni, quantunque non abbia di proposito l'intenzione di fare torto al tale o tal altro creditore ie particolare: Voet, *ad pandectas*, tit. *quae in fraudem*, n. 14. Il sole fatto della insolvibilità, seeza l'intenzione di frodare i creditori, non darebbe luogo all'esercizio della pauliana, perciocchè bene spesso avviene che gli uomini si credoeo ricchi più di quello che lo sono, *saepe de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines*; § 3, *Inst. quib. ex caus. manumitt. non licet.* Voet, *ibid.*; Toullier, t. 6, n. 349 e 350.

Ma il disegne di frodare i creditori dev' essere noto al terzo che contralto col debitore? n ie altri termini, il terzo dev'essere complice della frode per potersi esercitare la pauliena? Il dritto romano faceva all' uopo una filosofica distinsione. Se l'alienazioee era stata fatta a titolo gratuito, poteva rivocarsi, anche se colui che aveva ricevuto la liberalità fosse stato di boena fede ed ignorato avesse il pregiodizio fatto a' creditori, per la ragione che l'equità non permetto che uno si arricchisse a daneo eltrui, l. 6, § 11, ff. *quae in fraudem*. Se poi l'acquirente era a titolo eneroso e di buona fede, e non era complice del disegno frandolento del debitore, l'acquisto dovea essere rispettato, perciocchè la sua coedizione essendo nguale a quella de'creditori, sarebbe ingiusto che soffrisse una perdita per procurare un vantaggio a'creditori; l. 6, § 8, ff. *quae in fraudem.*—Questa distiesione del dritto romane, riconosciuta dall'antica giurisprudenza, deve esser ammessa sotte l'impero del codice, e prende argomento dagli art. 436 e 437 *leg. di eccez.* Toullier, t. 6, n. 354; Preudhoe, *de l'usufruit*, n. 2359; Delvinceurt, lib. 3, tit. 5, neta 212; Duranteu, t. 10, n. 575.

Conseguentemente alla esposta distiesiene tra gli etti e titele oneroso e que' a titolo gratuite, si possono valutare le circostanze che menaeo a fare stabilire la frode. In generale la frede deve risultare da grevi argomenti, *dolum ex indiciis perspicuis probari cenvenit*, l. 6, C. *de dolo;* che anzi la frode è presunta negli atti a titolo gratuito, quando coloi che aliena si riduce nelle stato d'insolvibilità verso i suoi creditori, l. 17, § 1, ff. *quae in fraudem*. Il pregindizio a'creditori è presuzione di frode pel debitore che dona, art. 547, 765 e 1069; e gli art. 436, 437, 438, 439 *leg. di eccez.* confermano questa verità.

II. *Avveramento del danno* — Se il disegno di frodare non è seguite dalla perdita effettive de'creditori, certamente non è ammessibile l'azione pauliaee, per la ragione che ne manca il fondamento, cioè il *pregiudizio de'creditori*. Che anzi, se mentre i creditori esercitano l'azioee, riesce al debitore di soddisfarli o coe le vendita de'suoi beni, o in altro modo, rimane ferma l'alienazione ch'era stata fatte ie loro pregindizio. Da ciò nasce, che se dopo qualche tempo, questo etesso debitere prende danaro a mutuo, i suoi creditori non potranno rivocare questa prim'alienezioee, la quale non era stata fatta in lero pregindizio; ma se avessere dato ie prestito per pagare i primi, ed i loro daneri fossero stati impiegati e questo pagamento, potrebbero allora rivocare l'alienesione fatta prime del loro credito, poichè in questo caso eserciterebbero i dritti di colere a' quali con questo pagamento

sioni, e nel titolo *del contratto di matrimonio e de' diritti degli sposi*,

---

sarebbero per l'art. 1204 surrogati; l. 1, § 1, e l. 15, ff. *quae in fraudem*; Domat, lib. 2, tit. 10, sez. 1, n. 6.

II.

Quali sono gli atti che possono impugnarsi come fraudolenti.

Deesi preliminarmente osservare, che per dritto romano essendo un principio fondamentale, che ognuno poteva astenersi di aumentare i suoi beni (l. 6, ff. *quae in fraudem*; l. 28, ff. *de verb. signif.*; l. 119 e 134 ff. *de reg. jur.*), consideravasi come frode in pregiudizio de' creditori soltanto quel che tendeva alla diminuzione de' beni già dal debitore acquistati; e per conseguente le rinunce del debitore alle successioni testate ed intestate, ed a' legati, non reputavansi fatte in frode de' creditori; l. 6, § 2 e 4, ff. *quae in fraudem*.

Questa distinzione che il dritto romano faceva tra gli atti che diminuivano il patrimonio del debitore, e que' che non l'aumentavano, non è ammessa dal codice attuale, poichè dal complesso degli art. 547, 705, 1009, 1120, 2131 si raccoglie, che i creditori possono esercitare l'azione pauliana, non solamente contro gli atti di alienazione propriamente detti, ma ancora contro que' che impediscono al debitore di aumentare i suoi beni. Ciò è una conseguenza logica del principio, che i beni presenti e futuri del debitore sono la garantia de' suoi creditori, art. 1960 e 1963; ed altronde, permettendosi a' creditori d'impugnare la rinunce egli atti che aumentano il patrimonio del debitore, non si fa a costui alcun torto; poichè, se la successione è vantaggiosa, è giusto che i creditori ne profittino; e se al contrario è onerosa, non obbliga il debitore, come abbiamo osservato nel tomo precedente, analizzando l'art. 705.

Per il che sotto l'impero del codice sono illecite tutte le maniere con le quali il debitore diminuisce fraudolentemente, o alienando i beni che sono nel suo patrimonio, o rinunciando a que' che gli sono devoluti.

Premesse queste nozioni, passiamo a fare una rapida analisi degli atti fraudolenti. Questi atti fraudolenti possono essere: 1.° gli atti a titolo oneroso; 2.° gli atti a titolo gratuito; 3.° le sentenze. Analizziamo.

I. *Atti a titolo oneroso* — Il disegno di frodare negli atti a titolo oneroso può risultare da varie circostanze, e molti casi possono all'uopo riferirsi. Così: 1.° Nella vendita, uno de' segni più naturali della frode consiste nella viltà del prezzo, l. 7, ff. *quae in fraudem*; nè la trascrizione che abbia fatto il compratore del contratto di vendita impedisce a' creditori ipotecari o chirografari d'impugnarlo di frode, come hanno provato Merlin, quist. v. *expropriation forcée*, § 2, e Grenier, *hypoteques*, n. 368, ove riferisce gli analoghi arresti della Cassazione di Parigi. — 2.° Se un debitore rinuncia ad una ipoteca, l. 2, ff. *eod.*, — 3.° Se il debitore proponga ad un suo debitore il giuramento su di una domanda dipendente da fatti che poteva provare; l. 9, § 5, ff. *de jurejurando*. — 4.° Se il debitore transiga di mala fede, o dia quietanza senza pagamento, l. 17, ff. *quae in fraud.*, e l. 1, § 9, ff. *si quid in fr. patr.* — 5.° Se il debitore lascia prescrivere un credito di accordo col suo debitore; l. 3, § 1, *quae in fraud.* — 6.° Se un debitore si obbliga in pregiudizio de' suoi creditori per cose che non deve; se dà somme o cose a persone cui nolle deve, o se faccia altre simili frodi; l. 3, ff. *quae in fraud.* — 7.° Se il debitore accetta una eredità oberata di debiti, su di che vedi ciò che dicemmo nel tomo 1, pag, 347, n. III. — 8.° Se il debitore affitta per lungo tempo ed a vil mercede i suoi fondi; l. 8, § 1, ff. *de reb. auctorit. jud. pos.*; *art. 17 leg. di esprop.* — 9.° Se il debitore paga un debito prima della condizione la quale non si avveri, l. 10, § 12 e l. 17, ff. *quae in fraud.* — 10. I pagamenti anticipati per *debiti commerciali non iscaduti*, ne' dieci giorni che precedono il fallimento, sono di pieno dritto presunti fraudolenti, art. 438 *leg. di eccez.* — 11. I pagamenti anticipati fatti dal subaffittuale sono nulli, perchè sono presunti fraudolenti; art. 1599. — 12. Ed in generale tutto ciò che il debitore faccia, o cessi di fare qualche cosa, con cui cagioni una perdita o una volontaria diminuzione de' suoi beni in pregiudizio de' suoi creditori; l. 3, § ult. e l. 4, ff. *quae in fraud*; Voet, *ad pandectas*, *tit. quae in fraud.*, n. 15; Domat, lib. 2, tit. 10, sez. 1, n. 7 a 10; Toullier, t. 6, n. 365 e 366.

Ma non bisogna perdere di vista una importante osservazione. Gli atti a titolo oneroso non debbonsi riputare fraudolenti, quando colui che tratta col debitore non fa che avvalersi de' suoi dritti. Così il creditore che riceve dal suo debitore ciò che gli è dovuto, non fa frode agli altri creditori del debitore, quantunque sapesse che costui mediante tal pagamento si troverà nella impossibilità di pagare gli altri. Imperciocchè chi si avvale dei suoi dritti non fa torto ad alcuno, l. 151, ff. *de reg. jur.*, e gli altri creditori debbono imputa-

conformarsi alle regole che ivi sono prescritte.

---

re a loro medesimi di non essere stati ogualmente vigilanti, l. 6, § 6 e 7, o l. 24, ff. *quae in fraudem*. Se però gli altri creditori avessero sequestrato i beni del debitore, il pagamento non potrebbe su questi beni farsi in pregiudizio de' creditori sequestranti; l. 6, § 7, ff. *quae in fraudem;* art. 647, 669, 700 p. c., e 12 l. *di espropriaz. del 29 dicembre 1828*; Voet, *ad pandectas*, tit. *quae in fraud.*, n. 18; Domat, l. 2, tit. 10, sez. 1, n. 12 e 13.

Similmente non bisogna credere fraudolenta una vendita fatta a giusto prezzo, solo perchè il compratore sapeva di essere il venditore gravato di debiti, l. 10, § 2, ff. *quae in fraudem*. Bisognano quindi eltre prove per istabilire il concerto freudolento. Se, p. e., il compratore era stato richiesto da'creditori di non pagare che nelle loro mani, questa circostanza potrebbe farlo considerare como costituito in mala fede, *non enim caret fraude qui conventus testato perseverat*, l. 10, § 3, ff. *quae in fraudem*.

II. *Atti a titolo gratuito.* — Tutte le disposizioni che possonsi fare dal debitore a titolo gratuito in pregiudizio de'suoi creditori, sono soggette all'esercizio dell'azione pauliena. E siccome il debitore può pregiudicare i creditori coll'astenersi di aumentare il suo patrimonio, giusta l'osservazione fatta nel principio di questo §, così possono essere fraudolenti non solo le donazioni de'beni che trovansi di già nel dominio del debitore, ma si presumono freudolenti le rinunce a'dritti devoluti al debitore, giusta gli art. 547, 705, 1009, 2131.

La dote costituita si riceve dal marito a titolo oneroso, *ad onera sustinenda matrimonii*, e per conseguente il disegno fraudolendo del solo dotante non può, durante il matrimonio far rivocare la dote. Ma se il marito era complice della frode, la rivocazione deve avere tutto il suo effetto, l. 10, § 14, l. 14, e 25, § 1, ff. *quae in fraudem*. Questa decisione è applicabile al nuovo dritto: Proudhon, n. 2357; Duranton, t. 10, n. 579.

III. *Giudicati* — I creditori possono impugnare col rimedio della terza opposizione (riconosciuto dall'art. 538 p. c.) i giudicati che per effetto di collusione sono stati profferiti contro il debitore. Imperciocchè i giudicati non fanno stato per gli aventi causa del debitore, quante volte sieno il frutto della collusione, l. 3, § 1, ff. *quae in fraudem*; e la l. 5, C. *de pignoribus et hypot.* energicamente dice: *Praeses provinciae jus pignoris tui exsequentem te audiat. Nec tibi* OBIERIT SENTENTIA ADVERSUS DEBITOREM TUUM DICTA, *si eum collusisse cum adversario tuo constiterit* — Si conviene oggi che il rimedio della terza opposizione competa a'creditori contro i giudicati profferiti in frode de' loro dritti. Merlin, rep. v. *tierce opposition*, § 2, art. 3; Toullier, t. 6, n. 374, e t. 10, n. 198; Duranton, t. 10, n. 553; Proudhon, n. 2366; Carré, *lois de procedure*, quistione 1713; Troplong, *prescription*, n. 102.

III.

Dell' azione che nasce dalla frode e suoi effetti.

I. *Natura dell'azione*—La frode dev'essere provata contro il suo autore, e sotto questo punto di veduta, l'azione del creditore è puramente personale. Ma quantunque personale nel suo principio, quest'azione è veramente *in rem scripta* nel suo fine, poichè può sperimentarsi contro il terzo detentore, che niente deve personalmente al creditore; *promittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, rem reputare, id est dicere eam rem traditam non esse*, § 6, Inst. *de actionibus*. *Ubero*, sulle Inst., tit. *de actionibus*, n. 9.

II. *Effetti della pauliana*—Il fine della pauliana essendo quello di far rientrare nel patrimonio del debitore le cose alienate, possono dedursi le seguenti conseguenze:

1.° Che il terzo che à contrattato col debitore può opporre a'creditori la discussione de'beni del loro debitore. La ragione si è che, il mezzo per giungere al fine, si è la pruova del *consilium fraudis* o l'*eventus damni*. Or la perdita non può provarsi, che constatando preliminarmente l'insolvibilità del debitore. Questo punto di dritto, stabilito dalla l. 5, C. *de revocandis his quae in fraudem*, è confermato dall'autorità degli antichi giureconsulti, e degli scrittori che ànno scritto sotto l'impero del codice: Vinnio, inst., § 6, *de actionibus*; Perezio, Cod. tit. *de revocandis his quae in fraud.*, n. 7; Toullier, t. 6, n. 345 e 347; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota e1e; Proudhon, n. 2400; Duranton, t. 10, n. 572. — Quest'ultimo giureconsulto è di avviso, che i terzi che oppongono la escussione de'beni del debitore non sarebbero obbligati di adempiere alle obbligazioni imposta al fidejussore coll'art. 1895; e noi non sapremmo approvare questa opinione. Imperciocchè, se la escussione non è di pieno dritto, ma dev'essere opposta dal terzo, non si vede la ragione per cui uno debbe, nel silenzio della legge, per analogia applicarsi l'art. 1895. Il fideiussore, la cui obbligazione è sussidiaria, dev'enunciare i beni ed anticipare le spese, opponendo la discussione; e non si trova forse in una peggior condizione il terzo che, per es-

CAPITOLO IV.

Delle diverse specie di obbligazioni.

SEZIONE I.

Delle obbligazioni condizionali.

§. I.

Della condizione in generale, e delle sue diverse specie.

1121. L'obbligazione è *condizionale*, quando si fa dipendere da un av-

---

ser complice della frode, si considera in uno stato di quasi delitto? Che, se è vero che il creditore ch'esercita la pauliana deve provare l'estremo dell'*eventus damni*, fatta le pruovu di non esser il patrimonio del debitore sufficiente al pagamento del credito, e ciò non ostante il terzo assume che il debitore à altri beni, pare cha devo in questo caso sottoporsi a quella obbligazione cui l'art. 1895 sottopone il fideiussore.

2.° Che l'ammessione dell'azione pauliana producendo l'effetto di far rimettere le cose nello stato primiero, ne segue che se è un'alienaziona a titolo oneroso che viene rivocata, deva l'acquirente complice della froda soffrire l'evizione del fondo o restituire i frutti cha avrebbe dovuto percepire; l. 7 a 10, § 19, 20 e 22, ff. *quae in fraudem;* senza aver dritto ad alcuna restituziona del prezzo, d. l. 7, purchè i danari che avesse pagati non si trovassero ancora esistenti in mano del debitore che avesse venduto, l. 8, *eod.*; art. 475, 1331; Voet, *ad pandectas*, tit. *quae in fraudem*, n. 12; Domat, l. 2, tit. 10, sez. 1, n. 7, e sez. 2, n. 1; Proudhon, n. 2364 e 2414.

Nel caso poi cha trattasi degli effetti della pauliana per un'alienazione a titolo gratuito, ed il donatario era di buona fede, non esistendo la cosa donata, di cui il donatario non avesse ricavato alcun profitto, non sarebbe tenuto a restituire un beneficio di cui non gli resterebbe alcun vantaggio, l. 6, ff. *quae in fraud.* Esistendo la cosa, deve restituirla con i frutti pendenti nel momento dell'acquisto, l. 25, § 4, ff. *quae in fraudem*, non che quelli percepiti dopo la domanda di rivocazione, art. 475: i frutti in buona fede percepiti durante il possesso e prima della domanda non si restituiscono; *medio autem tempore perceptos, in restitutionem non venire;* d. l. 25, § 4, ff. *quae in fraud.*; art. 474; Voet, tit. *quae in fraud.*; Proudhon, n. 2414.

III. *Effetti della pauliana tra i creditori e coloro che ànno causa dal terzo possessore.* — Ammessa l'azione pauliana, può darsi il caso cha l'acquirente trovasi di aver di già alienato o gravat' i beni che deve restituire. Questi terzi acquirenti che ànno acquistato la proprietà o dritti reali, possono essere turbati ne'loro acquisti? Il dritto romano faceva una distinzione. Se i terzi acquirenti erano a titolo gratuito, l'azione era ammessa anche contro costoro, poichè l'equità non permette che uno si arricchisca, ancha in buona fede, col danno altrui, l. 6, § 11, ff. *quae in fraudem*. Ma se la second'alienaziona era stata fatta a titolo oneroso, ed il secondo acquirente era di buona fede, non poteva essere turbato nel suo acquisto, sia che avesse ricevuto i beni da un acquirente allo stesso titolo, sia che gli avesse ricevuti da un donatario, il quale gli avea acquistati dal debitore, perchè il dolo del venditore non poteva mettere in perdita il compratore, l. 9, ff. *quae in fraudem*. Questa distinziona è ammessa nel nuovo dritto: Proudhon, n. 2412; Duranton, t. 10, n. 581, 582 e 583.

IV. *Effetti dell'ammessione dell'azione pauliana tra i creditori del debitore*—Evidentemente i soli creditori anteriori all'alienazione possono esercitare quest'azione, perchè essi soli possono essere pregiudicati, e non già i creditori posteriori all'alienazione. Ma pronunziata la rivocaziona, può sorgere la quistione, se i nuovi creditori possono concorrere co'primi sul prodotto de' beni che sono oggetto di questi atti. Duranton, t. 10, n. 574 e Solon, *des nullité*, t. 1, n 460, mentre convengono che i nuovi creditori non possono esercitare quest'azione, pure vogliono che debbono concorrere co'primi, e sarebbe questo, secondo essi, un caso in cui si à per mezzo altrui un dritto che non si avrebbe per ragion propria. Pare a noi erronea questa dottrina per più ragioni: 1.° L'azione pauliana non è *solidi persecutoria*, come sarebbe quella di un padrone cha revindica la cosa propria, ma è *in rem scripta*, non avendo il creditore dritto di prendere nella cosa o sulla cosa, che sino alla concorrenza di ciò che gli è dovuto. Quindi, se nell'azione in surrogazione, mentre il creditore agisce nel nome del debitore, ciò cha fa il creditore non giova agli altri (vedi la pag. 271, n. III.), come

V. gli art. 995, 1134, 1136, 1138, 2011, 2163.

venimento futuro ed incerto, o tenendola in sospeso finchè l'avvenimento

---

può profittare il nuovo creditore di un atto che l'antico creditore fa nel proprio nome e nell'esclusivo suo interesse?—2.° In conseguenza del principio, che il creditore è *procurator in rem suam*, consegue altresì, che coloro tra gli antichi creditori che non concorrono ad impugnare l'atto fraudolento del loro debitore, non possono neanche profittare dell'ammissione dell'azione.—3.° Che lo stesso Duranton (come abbiamo riferito nel t. 1, nota 4 in fine, pag. 294) conviene che la domanda de'creditori che impugnano la rinuncia fatta dal debitore ad una successione, non giova che soltanto a que'creditori che l'ànno provocata: nè sarebbe una contraddizione seguire una dottrina contraria negli altri casi.—4.° Ch'è un errore il credere che per effetto dell'ammissione della pauliana, essendo rientrati i beni nel patrimonio del debitore, tutt'i costui creditori, salvo le cause legittime di prelazione, possono concorrervi; perciocchè è vero che la sola ammessione della pauliana non è per se produttiva di prelazione tra i creditori che l'àn provocata, ma non si può da ciò dedurre che gli altri creditori possono concorrere su di una somma che si reclama da altri nell'esclusivo interesse. Con la rivocazione si rimettono le cose nello stato primiero, non nel senso che i beni rientrano nel patrimonio del debitore, ma nel senso che, nell'interesse da' creditori frodati, si considera come non avvenuta l'alienazione. Tanto è ciò vero, che pronunziata la rivocazione, i creditori che l'àn domandata, possono rinunziarvi: *vis sententiae*, dice Voet, (lib. 44, t. 2, n. 6) *perit renunciatione*. Or se per poco si ammettesse, che appena rivocata l'alienazione, i beni sono rientrati nel patrimonio del debitore e gli altri creditori di costui vi acquistano per ciò solo dritto, bisognerebbe dedurne l'assurdo, che la rinuncia di coloro che ànno provocato il giudicato sarebbe da una parte operativa nel loro interesse, e dall'altra conserverebbe al debitore ed agli altri creditori de'dritti che non ànno provocati e per conseguente non acquistati. — 5.° Da ultimo, il giudicato di rivocazione che i creditori ottengono non in nome del debitore, ma contro di lui o del terzo, non può giovare che alle sole parti, art. 1305; donde consegue che non possono giovarsi del giudicato in parola gli altri creditori, quando tra di loro non vi è alcuna relazione: i creditori sono aventi causa dello stesso debitore, ma i creditori tra loro sono estranee persone, sono terzi nel vero senso.

V. *Durata dell'azione pauliana* — Come tutte le azioni pretorie, la *pauliana* durava, per dritto romano, un anno, l. 1, ff. *quae in fraudem* e, molti interpetri, fondandosi sulla l. 10, § 18, *eod.*, opinavano, che l'anno dovea computarsi non dal giorno dell'alienazione fraudolenta, ma dal tempo in cui il debitore diventava insolvibile: Voet, tit. *quae in fraudem*, n. 13.

Non avendo il codice fissato alcun termine per la durata di quest'azione, gli scrittori si sono scissi, e tre opinioni sono insorte. Toullier, t. 6, n. 356, insegna che le disposizioni dell'antica giurisprudenza sono applicabili alla nuova. — Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 210 e Duranton, t. 10, n. 585, concordano nel punto che l'azione deve durare dieci anni, giusta la disposizione generale dell'art. 1258; ma discordano sull'epoca in cui deve cominciare a decorrere il termine. Il primo dice, che siccome i creditori non possono intentare azione contro i terzi che in caso d'insufficienza da'beni del debitore, e che non può la prescrizione di un'azione decorrere prima ch'essa sia nata, art. 2163, così i dieci anni non debbano cominciare che dal giorno in cui è divenuto certo che il debitore non era solvente; il che è lasciato all'arbitrio del giudice. Il secondo poi fa decorrere il termine dal giorno in cui i creditori che ànno dritto d'impugnare gli atti ne avessero avuto conoscenza ed avessero potuto procedere contro il debitore, per effetto della esigibilità de' loro crediti. — Finalmente Proudhon, n. 2402 a 2409, insegna che sono applicabili le regole generali stabilite dagli art. 2168, 2171 e 2172 per la prescrizione, e ne'termini prescritti da questi art. i creditori possono impugnare gli atti fraudolenti, computandosi il tempo dal dì in cui l'atto fraudolento si è consumato.

In mezzo a questi diversi sistemi, a noi pare conforme allo spirito del codice, che la durata dell'azione pauliana sia di dieci anni a contare dal dì in cui viene a conoscenza dei creditori che l'atto fraudolento si è stipulato. Il termine più lungo per impugnare un contratto è di dieci anni, e la disposizione dell'art. 1258 che stabilisce questo termine è generale, e comprende tanto le parti che impugnano personalmente i contratti, che i loro aventi causa, quali sono i creditori: in somma, dice il legislatore nell'art. 1258, che le azioni di nullità di un contratto per le cause permesse negli art. precedenti si prescrivono in dieci anni; e come fra queste cause escludere la pauliana autorizzata dall'art. 1140 che precede l'art. 1258?—Maggior difficoltà sta nel fissare l'epoca in cui questo termine deve cominciare. Il sistema di Delvincourt, che lo fa cominciare dal dì in cui è verificata la insolvibilità del debitore, oltre che darebbe luogo ad arbitri e renderebbe perpetua quell'azione che la legge à renduto temporanea, ripugna alla natura dell'azione medesima. Im-

accada, o risolvendola in caso che l'evento succeda o non succeda (1).

---

perciocchè, se gli olementi della panliana sono il *consilium fraudis* e l'*eventus damni*, si devo considerare la posiziono del debitore nel momento della contrattazione per giudicare se abbia o pur no agito con frode. Or la insolvibilità posteriore a nulla influisce nella causa, o per conseguente i dieci anni non potrebbero giammai decorrero da una epoca che per la natura stessa dell'azione, non si è potuto avere in mira dal legislatore.

Il termine quindi deve decorrere dal giorno in cui si è scoverta la frode, come vuolo l' art. 1258. Duranton richiedo altresì, perchè cominci a decorrere il termine, cho il credito sia esigibilo, e per questa parte rigettiamo il suo sentimento. La ragiono si è, che quantunque fosse vero cho la prescrizione non decorre contro i creditori a termine o sotto condizione, art. 2163, questa regola riceve applicazione tra i creditori sotto condiziono ed il debitore, ma non può risguardare i terzi che ànno acquistato dal debitore; e siccome il fine della pauliana è quello di far rivocaro le alienazioni fatte dal debitore in beneficio de' terzi, è oggi riconosciuto che l'art. 2163 non risguarda la causa del terzo possessore, come abbiamo accennato nel t. 1, pag. 182, n. II; in questo tomo, pag. 173; e come ne conviene lo stesso Duranton in vari luoghi della sua opera, e specialmente nel tomo 8, n. 486, t. 9, n. 610, e t. XI, n. 71.

Evvi ancora dippiù: l'aziono di frode non può esser sospesa durante la condizione o il termine, perchè la insolvibilità del debitore rende esigibili i crediti a termine, art. 1141 non cho dà dritto al creditore condizionale ad ottenere condanne contro il debitore anche in pendenza della condizione, come vedremo nella nota all'art. 1133. Non potrebbe dirsi cho l'esigibilità essendo nell'interesse de'creditori, possono rinunciaro al beneficio dell'art. 1141. Ma questa obiezione sarebbe più speciosa che solida, mentre se può essere nell'arbitro del creditore avvalersi o pur no del beneficio in parola, non può essere nel suo arbitrio la durata dell'azione. Se il creditore può esercitare la pauliana in pendenza del terminefissato per l'esigibilità del credito (di che conviene Proudhon, n. 2415), devo dedursi per la stessa ragione cho la durata dell'aziono non può essero nell'arbitrio del creditore, ma deve in ogni caso cominciare dal dì in cui si è scoverta la frode. Da ultimo a' creditori, per le esposte cose, non vale giovarsi del brocardo *contra non valentem agere*, poichè dal momento in cui si è scoverta la frode possono interrompere la prescrizione contro il terzo possessore, e ciò anche in forza dell'art. 1133.

(1) Questo art. à per oggetto di diffinire quali sono le qualità necessarie alla condizione, e qui cade ancho in acconcio di spiegare quali sono i segni per distinguere in un atto la condizione dal modo.

I. *Qualità necessarie alla condizione.* — D'ordinario nelle convenzioni si preveggono gli avvenimenti che potranno sospendere l'obbligazione principalo, o risolverla. Ogni disposiziono quindi che tende a sospendere o a risolvere un atto in seguito di un avvenimento incerto, chiamasi *condizione*, la quale è *sospensiva* se rende subordinata l'esistenza dell'obbligazione all'avveramento della condiziono, art. 1134; ed è *risolutiva* se l'adempimento di essa produca lo scioglimento dell'obbligaziono, art. 1136.

Or una condiziono per produrre l'effetto di sospendere o risolvere una obbligazione, deve avere le segnenti qualità:

1.° Cho la condizione riguardi una cosa futura, dice l'art. 1121. Una obbligazione contratta sotto la condizione di una cosa passata o presente, quantunque tal cosa sia ignorata da'contraenti, non è condizionale, ma perfetta dal momento in cui si è contratta: così decide la l. 100 ff. *de verb. obligat.* Pothier, *obligat.*, n. 202; Toullier, t. 6, n. 475; Duranton, t. 11, n. 11. V. la nota 1, pag. 285.

2.° Cho la condizione cada su di una cosa il cui avvenimento sia *incerto*. La condizione di una cosa la quale non potrebbe non avvenire, non sarebbe condizione (*), e non sospenderebbe l'obbligazione: tale adempimento sarebbe riguardato como il termino, al quale siesi voluto fissaro l'eseguimento dell'obbligazione; l. 19, ff. *de noval.*, l. 45, § 1 e 3, ff. *de verb. obligat.*; Pothier, *oblig.*, n. 203; Toullier, t. 6, n. 476 e 479; Duranton, t. 11, n. 18.

3.° Che la condiziono riguardi una cosa possibile, lecita, e non contraria a' buoni costumi; su di cho vedi l'art. 1125.

4.° Che la condizione non distrugga la natura dell'obbligazione, ossia che non sia potestativa per parte dell'obbligato; su di che è a vedersi l'art. 1127.

II. *Differenza tra la condizione e 'l modo* — Dicesi *modo* una clausola aggiunta alla convenzione principalo e alla disposiziono, per imporre al donatario o a' contraenti certi

---

(*) Diversamente ne'legati, come abbiamo dimostrato nella nota 1, pag. 138 e seg.

1122. La *condizione casuale* è quella che dipende dal caso, e che non è in potere nè del creditore nè del debitore.

---

pesi che modificano il contratto o la disposizione. Importa molto il conoscere, se una obbligazione è *modale* e *condizionale*, per gli effetti che ne derivano. Noi abbiamo nella nota 3, pag. 137 e seg. osservato la importanza di questi effetti per ciò che riguarda i legati. Qui ci rimane ad osservare che non sempre si rileva chiaramente dagli atti se una obbligazione è modale o condizionale; le leggi romane danno qualche volta al modo il nome della condizione: tali sono le leggi citate nella pag. 140 in princ.: Vedi Cujacio sulla l. 72, ff. *de condit. et demonstr.*; e lo stesso codice civile prende qualche volta la parola *condizione* come sinonima di *clausole*, di *convenzioni*, come negli art. 1075, 1609, 1650, 1885; e qualche volta per *modo*, e qualche volta la differenza tra la condizione e 'l termine è ben difficile a comprendersi; Toullier, t. 6, n. 507, 520 e 521. — Giova importanto notare quali siene le formole caratteristiche del modo, ed in che differiscano da quelle della condizione:

1.° La legge 80 ff. *de condit. et demonstrat.* c'insegna che la particella *SI* forma la condizione, e che le parole *PER*, *AFFINCHÈ*, *CON L'OBBLIGO*, caratterizzano il modo. *Nec enim*, esse dice, *parem dicimus eum cui ita datum est*, *SI monumentum fecerit*; questa è la condizione; *et eum cui datum est UT monumentum faciat*; questo è il modo. Merlin, rep., v. *mode*; Toullier, t. 6, n. 510 e 512.

2.° La parola *PURCHÈ*, siccome ci fa vedere la l. 41, ff. *de contrahenda empt.*, può essere presa, secondo la natura dell'oggetto cui si riferisce, per *modo*, e per *condizione*. Ma nel dubbio dev'essere presa nel senso del modo e non della condizione, perocchè la disposizione deve, nel dubbio, esser riputata modale piuttosto che condizionale. Merlin, rep. v. *mode*; Toullier, t. 6, n. 516.

3.° Il relativo *QUALE* riportandosi ad un tempo presente e passato, non forma che un modo; ma se si riferisce ad un tempo futuro, come per esempio, *vi vendo il mio polledro CHE nascerà dalla mia giumenta*, questa espressione *che* forma una condizione sospensiva. Merlin, rep., v. *qui*; Toullier, t. 6, n. 521.

4.° Si applica al gerundio *faciendo*, la distinzione fatta in ordine al relativo *quale*. De Marinis, *resol.* 8, lib. 2, n. 16. Merlin, rep. v. *mode*; Toullier, t. 6, n. 522.

5.° La parola NISI forma condizione. Gotofredo sulla l. 2, ff. *de in diem addictione*.

In generale, queste regole non sono che semplici consigli per l'applicazione da' casi particolari. Le circostanze di fatto possono far decidere diversamente, poichè i giudici debbono interpetrare le convenzioni secondo la intenzione de' contraenti, anzi che attenersi al senso letterale delle parole, art. 1109; Toullier, t. 6, n. 524. V. la nota alla p. 56 (*regola quinta*).

III. *Condizioni espresse e tacite* — Le condizioni, di qualunque natura sieno, possono essere espresse o tacite; o altrimenti dette, condizioni *di fatto* e *di dritto*. Domat, l. 1, tit. 1, sez. 4, n. 5.

Le condizioni *espresse* sono quelle che vengono formalmente apposte all'obbligazione o alla disposizione. Vengono pure chiamate condizioni *di fatto*, perchè ànno per oggetto fatti affermativi o negativi imposti da' contraenti o dal testatore. Furgole, *testam.* cap. 7, sez. 2, n. 34 e 37; Toullier, t. 6, n. 502.

Le condizioni *tacite* sono quelle che sono sottintese ne' contratti e ne' testamenti, benchè non vi sieno state espresse, *quae tacite insunt*. Vengono chiamate condizioni di dritto, perchè la legge ne supplisce molte, ed il magistrato ne può supplire altre. Furgole e Toullier, *ibid.*

Le condizioni tacite possono derivare da tre cause:

1.° *Dalla legge*, che le supplisce. Noi citeremo per esempi, la rivocazione delle donazioni ne' diversi casi che sono stati preveduti, art. 878; — la loro riduzione alla quota disponibile, art. 837; — la rivocazione de' legati ne' casi degli art. 991, 993, 1001; — la caducità delle donazioni e de' legati, ne' casi degli art. 994, 997, 1043, e 1044; — la condizione risolutiva sottintesa ne' contratti sinallagmatici, art. 117; — lo scioglimento della vendita di derrate o di cose mobili nel caso dell'art. 1503; — la vendita col patto dell'assaggio, che si presume sempre fatta sotto condizione sospensiva, art. 1443; ed altri casi.

2.° *Dalla natura del contratto o della cosa che ne forma l'oggetto*; come quando la cosa che forma l'oggetto o la materia della convenzione non esiste ancora, ma può esistere o non esistere. Vi vendo il ricolto del mio vigneto; la gragnuola o altro caso fortuito distrugge le mie vigne, non vi è vendita, l. 1, § ult. ff. *de condit. et demonstr.*

3.° *Dalla volontà presunta de' contraenti* o *del testatore*. Le leggi romane ne forniscono vari esempi, su di che è a vedersi Voet, lib. 28, tit. 7, n. 3 e 4. Vi prometto di darvi quella somma che occorre per dottorarvi: si presume che la promozione al dottorato è una condizione tacita della mia promessa. Quando un debitore delega un suo debitore, si pre-

1123. La *condizione potestativa* è quella che fa dipendere l'esecuzione della convenzione da un avvenimento che è in facoltà dell'una o dall'altra parte contraente di far succedere o d'impedire (1).

V. l'art. 1127.

1124. La *condizione mista* è quella che dipende nel tempo stesso dalla volontà di una delle parti contraenti e dalla volontà di un terzo.

1125. Qualunque condizione di una cosa impossibile, o contraria a'buoni costumi, o proibita dalla legge, è nulla e rende nulla la convenzione che ne dipende (2).

V. gli art 7, 816, 1087.

1126. La condizione di non fare una cosa impossibile non rende nulla l'obbligazione contratta sotto tal condizione (3).

1127. Ogni obbligazione è nulla, quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si obbliga (4).

V. gli art. 868, 871, 1123.

---

sume che il creditore non l'abbia liberato dal debito, se non sotto la condizione tacita che il delegato non sia fallito o prossimo a fallire nel momento della delegazione, art. 1230. Toullier, t. 6, n. 503.

Non bisogna perder di veduta, in quanto alle condizioni tacite, una importante osservazione. Desse non possono farsi risultare da semplici congetture, ma conviene che sieno una conseguenza necessaria della legge, o dell'atto. Ed è bella l'osservazione di Cujacio (*obs.*, lib. 25, cap. 18) che à la rubrica, *non passim licere nobis interpretationibus nostris tacitas conditiones inducere*: se a forza d'interpetrazioni a di congetture si ammettesero condizioni tacite, *multa negotia*, dice Cujacio, *multaque hominum jura subverterentur*. Toullier, t. 6, n. 504.

(1) V. la nota 4 di questa pagina.

(2) V. nel t. 1, pag. 369, ed in questo tomo, la nota 2, pag. 234 e 235, e la nota 1, pag. 240.

Secondo il dritto romano, la condizione impossibile annulla il contratto che ne dipende, quando essa consiste in fare, *in faciendo*; ma non l'annulla, quando consiste in non fare; l. 7, ff. *de verb. obligat.* E la legge 31, ff. *de obl. et act.* assegna la ragione della prima di queste massime: non vi è dubbio, essa dica, che le parti abbiano avuto l'intenzione di non far alcuna cosa apponendo al loro atto una condizione ch'esse sapevano impossibile. Questa distinzione è conservata dagli art. 1125 e 1126.

(3) » In tutte le convenzioni, disse Bigot Preameneu nell'*esposizione de'motivi*, se la » condiziona era di fare una cosa impossibile, questa condizione sarebbe stravagante, ma » non impossibile, poichè è l'avvenimento contrario che sarebbe fuori la possibilità. È que- » sto ancora un caso in cui non si può presumere che la volontà delle parti sia stata quella » di far dipendere la validità della convenzione da una simile condizione ». Locré, t. 6, p. 158, n. 60.

(4) Su questo articolo sono notevoli le seguenti osservazioni:

1.° Che la condizione potestativa dev'essere per parte *di colui che si obbliga*, per dirsi nulla l'obbligazione. Non vi sarebbe in vero in questa obbligaziona il *vinculum juris*; l. 108, § 1, ff. *de verb. obligat.* Non vi à quindi dubbio, che l'obbligazione di pagarvi la tal somma *se io lo voglia*, *SI VOLUERO*, è nulla, l. 46, § 3, ff. *de verb. obl.*—Ma se si fosse detto, pagherò *allorchè lo vorrò*, *CUM VOLUERO*, questi termini non esprimono una condizione, ma un termine, che secondo le circostanze può giungere sino alla morte del debitore; Maleville su questo art.; Toullier, t. 6, n. 498; Duranton, t. XI, n. 27.

2.° Che se la condiziona potestativa non è all'arbitrio di chi si obbliga, ma di colui a favore di cui è contratta l'obbligaziona, o di un terzo, la obbligazione conserva tutto il suo effetto. Così, se si dicesse, *vi do cento*, *se andate in Calabria*, la condizione è potestativa per parte di colui a favore del quale è stata stipulata. Del pari, se io prometto di fare la tale cosa, se Tizio vi presta il consenso, l'obbligaziona vale, perchè il consenso di Tizio non dipende dalla mia volontà; l. 43 e 44, ff. *de verb. obl.*; Cujacio sulla l. 57 det. tit.; Donello sulla l. 2, *de pactis inter empt. et vend.*; Voet, lib. 45, tit. 1, n. 19; Pothier, *obligat.*, n. 201 e 208; Toullier, t. 6, n. 494 e 496; Duranton, t. XI, n. 24 a 31.

3.° Che se l'art. 1127 vieta di far dipendere dalla volontà di chi si obbliga il cominciamento dell'obbligazione, non vieta però di far dipendere la rivocazione dall'obbligazione dalla volontà medesima di chi si obbliga. Quindi si può far dipendere la rivocazione di una vendita dalla volontà del venditore, come nel caso della facoltà della ricompra; si può farla dipendere da quella del compratore, quando viene stipulato che resterà sciolta,

V. gli art. 1109, 1921.

1128. Qualunque condizione debbe essere adempita nella maniera che le parti hanno verisimilmente voluto ed inteso che lo fosse (1).

1129. Quando una obbligazione si è contratta sotto la condizione che un avvenimento succeda in un tempo determinato, una tale condizione si sti-

---

se la cosa non gli piace, *si emptori displicuerit*, l. 3, ff. *quib. mod. pign. sol.* Per la stessa ragione si può far dipendere l'affitto di un fondo rustico dalla volontà del locatore, stipulando che avrà la durata sino a che gli piacerà, l. 4, ff. *locati*. Pothier, *de louage*, n. 326 e 328; Toullier, t. 6, n. 497; Duranton, t. XI, n. 30.

(1) Dovendosi trattare la teorica dell'adempimento delle condizioni, sono a considerarsi le seguenti cose: 1.° Come debbon essere eseguite le condizioni; 2.° Da chi debbonsi adempiere; 3.° Se l'adempimento delle condizioni è indivisibile; 4.° In quale tempo debbonsi adempire; 5.° Se può essere scusabile l'inadempimento. I primi tre punti meritano di essere discussi in questa nota; il 4.° e 5.° nelle osservazioni a' tre art. seguenti.

I. *Come debbonsi eseguire le condizioni*—Disputavasi nelle scuole se le condizioni doveano essere adempite secondo le parole della convenzione, *in forma specifica;* o pure potevano esserlo *per aequipollens et pro subiecta materia*. Pothier, *obl.* n. 206, à procurato di mettere di accordo le due opinioni, dicendo, che le condizioni debbono eseguirsi a rigore, se i termini del contratto danno a divedere che tale sia stata la volontà delle parti; ma se questa chiarezza non si scorga dall'atto, bisogna che si esegua nel modo in cui è verosimile che le parti abbiano inteso che si sarebbe fatta. Questa dottrina è stata sublimata in legge dall'art. 1128, ed è consona alla regola sancita nell'art. 1109 che negli atti bisogna indagare la volontà delle parti. Se quindi mi sono obbligato verso di voi, *a condizione che pagherete una certa somma ad un mio parente*, il quale è minore; è chiaro che consegnandogliela, voi avete malamente compresa e male eseguita la condizione; poichè è verosimile che mia volontà si era, che da voi si facesse il pagamento di cui si tratta, nelle mani del tutore del mio parente. Questo esempio ci è somministrato dalla l. 68, ff. *de solutionibus*. Pothier, n. 206; Toullier, t. 6, n. 586 a 589.

II. *Persone che debbono adempire le condizioni*—Quando la condizione consiste in dare, la condizione può essere adempita da chiunque e dall'erede di colui cui è stata imposta, perchè l'altra parte non à interesse a ricevere la cosa da una persona, piuttosto che da un'altra; l. 39, § ult. ff. *de statu liber.*, l. 15, ff. *de statu hom.*, l. 41, ff. *de mortis caus. donat.*

In quanto alle condizioni potestative che consistono in fare, la risoluzione della quistione se possano adempirsi da un terzo e dagli eredi dell'obbligato, dipende dalla natura del fatto e dall'esame de' motivi che àn determinato i contraenti. Se le parti ànno avuto in mira il fatto proprio ed esclusivo di una certa persona, questa sola può adempire la condizione. Per esempio, se ho contrattato coll'allievo di un celebre pittore, di dargli una certa somma, se mi portasse un tal quadro dipinto dal suo maestro; la mia promessa di pagare la tal somma, è per l'opera di quel celebre pittore, non già per quella del suo allievo o di chiunque altro. Ma se le parti ànno avuto in considerazione il fatto che fa l'oggetto intrinseco della condizione, e senza alcun riguardo alla persona che l'adempirebbe, in tal caso la condizione può eseguirsi non solo dalla persona obbligata, e da un terzo per suo incarico, ma anche dagli eredi, poichè contrattiamo non solo per noi stessi, ma anche pe'nostri eredi, art. 1076; V. Cujacio, sulla l. 57, ff. *de V. O.;* Pothier, *obl.* n. 207; Toullier, t. 6, n. 592 e 593.

III. *Se l'adempimento delle condizioni è indivisibile*—L'adempimento di una condizione è un fatto; e un fatto non potendo esistere per metà, segue che una condizione non possa riputarsi adempiuta, quando non lo sia in tutte le sue parti, ancorchè l'oggetto della condizione fosse cosa divisibile. Per tal ragione, se io vi abbia promessa una certa somma, in caso che mi conducreste tre cavalli, e che me ne abbiate condotti due solamente, la condizione donde risulta il mio obbligo non è adempiuta. Questa teorica stabilita dal dritto romano, è ammessa dagli autori. Pothier, *obl.*, n. 215 e 216; Toullier, t. 6, n. 598 a 605.

L'altra quistione è quella di sapere, se quando si è contratta l'obbligazione sotto più condizioni, è mai necessario che si adempiano tutte? Bisogna distinguere. Quando siano esse unite da una particella disgiuntiva, in questo caso, basta che sia adempita una delle condizioni, perchè l'obbligazione divenga perfetta, l. 129, ff. *de V. O.*; l. 5, ff. *de condit. inst.* Ma quando le condizioni sieno unite da una particella congiuntiva, bisogna allora che tutte le condizioni si adempiano; ed ove una sola ne manchi, l'obbligazione svanisce, l. 5, ff. *de cond.;* Toullier, t. 6, n. 597.—Per sapere quando la disgiuntiva si prende per congiuntiva, e viceversa, vedi la pag. 142, n. V.

ma mancata, se il tempo sia spirato senza che sia accaduto l'avvenimento. Se non vi è tempo determinato, la condizione può sempre adempirsi; e non si ha per mancata se non quando sia certo che non accaderà l'avvenimento (1).

V. gli art. 995 a 996.

1130. Quando una obbligazione si è contratta sotto la condizione che l'avvenimento non succeda in un dato tempo, tal condizione resta adempiuta, allorchè questo è spirato senza che sia succeduto l'avvenimento. Essa si adempie egualmente, se prima del termine sia certo che l'avvenimento non sarà per succedere: e se non vi è tempo determinato, non si verifica se non quando sia certo che l'avvenimento non sarà per succedere (2).

1131. La condizione si ha per adempita, quando il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento (3).

---

(1) Questo art. e 'l seguente ànno per oggetto di diffinire in quale tempo le condizioni possono essere adempite.

Primieramente deve osservarsi, che se nel contratto non si è fissato alcun tempo per l'adempimento della condizione, può sempre adempirsi; di modo che non si reputa mancata, che quando è divenuto certo che l'avvenimento non succederà. Questo principio è comune alle condizioni negative e positive, ed alle condizioni potestative, casuali e miste; donde consegue, che quando la condizione consiste nell'astenersi da un fatto, *in non faciendo*, non sono riputate adempite, in generale, che alla morte di colei, cui sono state imposte; l. 106, ff. *de cond. et dem.*; § 4, Inst. *de verb. obligat.*; Pothier, n. 209; Toullier, t. 6, n. 620, 621 e 622.

Quando la condizione esprima un tempo determinato per l'esecuzione, gli art. 1129 e 1130 stabiliscono, che il tempo non è meno fatale alla condizioni negative di quello che lo sia alle condizioni positive. Il giudice non potrebbe sotto il pretesto d'interpetrazione prorogare il tempo stabilito dalle parti. Pothier, *obl.*, n. 209; Toullier, t. 6, n. 608, 615 a 619.

Adempita la condizione, produce irrevocabilmente il suo effetto, ancorchè le conseguenze dal suo adempimento venissero a cessare: esprimono i dottori quest'assioma con le parole, *conditio semel impleta non resumitur*. V. Toullier, t. 6, n. 642.

Mancata poi la condizione, viene a mancare e si annienta per sempre l'obbligazione, senza che gli avvenimenti posteriori possono farla rivivere. *Conditio* (dicono i dottori sull'autorità della l. 41, ff. *de fideicom. libert.*) *quae defecit non restauratur*; o come dice Cujacio *observ.*, lib. 13, cap. 40, *defecta semel conditio, postea impleretur frustra, nec enim solent resumi conditiones*. Merlin, rep. v. *choix*; Toullier, t. 6, n. 643.

(2) Vedi la nota precedente.

(3) *Quicumque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligatur*; l. 85, § 7, ff. *de verb. obligat.* — *Pro impleta habetur conditio, cum per eum stat qui, si impleta esset, debiturus esset*, l. 81, § 1, ff. *de condit. et demonstr.* — Questa regola è conseguenza dell'altra regola di dritto, *in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit, quominus fiat*, l. 39, ff. *de reg. jur.*

Consegue dall'esposta regola, che la convenzione non à effetto, quando la condizione svanisce per caso fortuito o per fatto di un terzo, poichè si presume che questa circostanza sia stata presa in considerazione da' contraenti. Quindi, avendovi io promesso 100 se sposate Mevia, la quale vi ricusa o muore nel giorno precedente alla celebrazione delle nozze, la condizione è mancata, perchè non si è verificato l'avvenimento: Pothier, *obl.*, n. 213. Ma quando è il debitore obbligato sotto condizione che ne impedisce l'adempimento, si reputa allora adempita la condizione, dice l'art. in esame, val dire che il debitore è obbligato, come se la condizione fosse adempita. Questa disposizione è una giusta applicazione del principio di equità sancito nell'art. 1336 (*).

(*) Sono notevoli le seguenti osservazioni di Pothier, *obligat.*, n. 212, sull'articolo in esame ch'è tratto dalle sue dottrine:

» Non può impertanto dirsi ch'è per fatto del debitore che una condizione non si sia verificata, e perciò debba la stessa reputarsi adempita, quando per ragione indiretta e senza ragione di opporvisi egli vi abbia fatto argine. Ecco perchè, a riguardo delle condizioni apposte a' legati, il giureconsulto Paolo così si spiega: *non omne ad heredis persona interveniens impedimentum pro expleta conditione cedit*, l. 38, ff. *de statu liberum*.

» Per esempio, se un testatore cui io succedo, vi abbia legato una casa con questa condizione: se

V. gli art. 1076 e 1134.

1132. La condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione. Se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano al suo erede (1).

V. l'art. 2163, ll. cc.; e 2193 p. c.

1133. Il creditore può, prima che siasi verificata la condizione, esercitare tutti gli atti che tendono a conservare il suo diritto (2).

---

(1) La regione di questa regola (ammessa anche dal dritto romano, l. 78. ff. *de V. O.*, l. 18 e 144, § 1, ff. *de reg. jur.*) si è che, un contratto, per esser subordinato ad una condizione non è meno una obbligazione, di cui la condizione non è che una modificazione. È dunque giusto che il suo effetto rimonti al giorno in cui si è stipulato l'atto, allorchè la condizione è stata adempita; e da ciò nasce che, se la condizione si adempie dopo la morte del creditore, si trasmette il dritto all'erede, poichè per l'effetto della retroattività della condizione si presume, che si sia acquistato il dritto dall'epoca del contratto, e per l'art. 1076 trasmessibile all'erede. Pothier, *obl.*. n. 220 e 221.

La retroattività delle condizioni potestative à luogo quando l'adempimento delle condizioni potestative è per parte del creditore. Ma quando in un contratto sono espresse o sottintese condizioni potestative per parte del debitore, l'adempimento di queste condizioni non produce effetto retroattivo in pregiudizio de' terzi. Imperciocchè il debitore non può, facendo oggi, per conseguenza o in occasione di un obbligo che avesse contratto precedentemente, una cosa alla quale quest'obbligazione non l'astringeva, o che unicamente dipendeva dalla sua volontà, pregiudicare a' terzi con cui à contrattato nel tempo intermedio. Voet, lib. 20, tit. 4, n. 30; Merlin, Quistioni, v. *hypoteques*, § 3; Toullier, t. 6, n. 546.—*Contra*, Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 106.

(2) Abbenchè il creditore condizionale non abbia alcun dritto prima dell'adempimento della condizione, la legge lo ammette a fare tutti gli atti che possono conservare il dritto ch'egli spera possedere un giorno, poichè per effetto della convenzione à acquistato un dritto eventuale, ma irrevocabile, un dritto che non può svanire che coll'inadempimento della condizione. Può in conseguenza stipulare una ipoteca per sua sicurezza, art. 2018; farla inscrivere all'ufizio della conservazione delle ipoteche, art. 2042, n. 4; può opporsi all'espropriazione degl'immobili, che sono ipotecati al suo credito, nel caso in cui la condizione, sotto la quale fu contratto, verrebbe ad adempiersi; può in un giudizio di ordine concorrere, ed esser graduato secondo il suo grado, ma non potendo esigere il suo credito prima dell'adempimento della condizione, il creditore che lo segue nell'ordine prenderà questa somma, dando cauzione di restituirla al creditore condizionale, appena avverata la condizione. Pothier, *oblig.*, n. 222; Toullier, t. 6, n. 522; Duranton, t. XI, n. 69.

In una parola, gli atti conservatori sono quelli che ànno per oggetto di assicurare il pagamento del credito, senza cangiare in pendenza della condizione, la posizione in cui era il debitore e senza nuocere al godimento attuale de'suoi beni. Quindi il creditore sotto condizione sospensiva non potrebbe procedere contro il debitore non decotto o non caduto in fallimento, ad un sequestro presso terzi, salvo a fare opposizioni, laddove esistessero altri sequestri: Duranton, t. XI, n. 70.—Ma se il debitore desse con la sua condotta inquietitudini al creditore, potrebbe questi ottenere, prima dell'adempimento della condizione, la condanna sempre subordinata all'avveramento della condizione poichè, non si può considerare che come puramente conservatoria l'azione che il creditore intenta, di far dichiarare, che

---

nell'anno seguente alla sua morte voi deste al creditore di Pietro una certa somma per la quale egli era imprigionato, e ch'essendo vostro creditore di somme vistose io abbia sequestrato i vostri mobili per esserne pagato; quantunque l'esecuzione vi abbia inabilitato a dare la somma al creditore di Pietro per adempiere la condizione apposta al vostro legato, io non sarò nondimeno considerato di averne per mio fatto impedita l'adempimento, nè potrà perciò dirsi la stessa verificata; poichè io non mi sono opposto che indirettamente: il sequestro che io ho fatto non è nato dal disegno d'impedirvi l'adempimento della condizione, ma invece ò preteso per la via legittima esigere le somme di cui mi eravate debitore.

» Osservisi a questo riguardo una differenza tra le condizioni l'adempimento delle quali è momentaneo, e quelle che non si adempiono che per un tempo successivo. Le prime si ànno per adempite, tosto che il creditore condizionale essendosi presentato per realizzare la condizione, vi è stato impedito dal debitore. Non può dirsi lo stesso per le altre. Per esempio; se io mi era obbligato a qualche cosa verso di un vignajuolo sotto la condizione ch'egli travaglierebbe dieci giorni, e ch'essendosi presentato per eseguirlo, io lo avessi mandato via, la condizione non si reputerebbe adempita che in parte e per una giornata solamente: essa non si considererebbe verificata se non quando egli si fosse a me presentato in dieci giorni differenti, l. 20, § 5, ff. dei. tit. »

Ripetuta è questa dottrina da Toullier, t. 6, nota al n. 608.

§ II.

Della condizione sospensiva.

1134. L' obbligazione contratta sotto una *condizione sospensiva* è quella che dipende o da un avvenimento futuro ed incerto, o da un avvenimento succeduto attualmente, ma non per anche noto alle parti.

V. gli art, 995, 996, 1129, 1132, 1135, 1211, 1429, 1433, 2011, 2163.

Nel primo caso non può eseguirsi l' obbligazione se non dopo l' avvenimento.

Nel secondo caso l' obbligazione ha il suo effetto dal giorno in cui è stata contratta (1).

1135. Quando è stata contratta l' obbligazione sotto una condizione sospensiva, la cosa che forma il soggetto della convenzione, rimane a rischio del debitore che non si è obbligato di consegnarla se non nel caso dell' evento della condizione.

Se la cosa è interamente perita senza colpa del debitore, l'obbligazione è estinta.

V. l'art. 1256.

Se la cosa è deteriorata senza colpa del debitore, il creditore ha la scelta o di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, senza diminuzione di prezzo.

V. gli art. 1090 a 1092.

Se la cosa è deteriorata per colpa del debitore, il creditore ha il dritto o

---

colui che fa temere della sua solvibilità, all'avvoramento della condizione sia tenuto a pagare. Imperciocchè è sicuro in dritto, che se un creditore condizionale abbia intentato la sua domanda prima dell'adempimento della condizione, e che la condizione si adempia durante il giudizio, il debitore dovrà esser condannato puramente e semplicemente, come se l'azione non fosse stata prematura nel suo principio. *Quod si in diem sit debitor vel sub conditione. . . non debere eum damnari;* REI PLANAE JUDICATAE *tempus spectandum est an dies venerit: quod et in stipulationi conditionali erit dicendum;* l. 16, ff. *de petitione hereditatis*. Voet, tit. *de judiciis*, n. 26; Merlin, *Rép.* v. *hypot.* sez. 2, § 2, art. 5.

La prescrizione non corre contro il creditore condizionale, art. 2163; ma il terzo possessore può prescrivere contro il creditore condizionale (v. nel t. 1, pag. 182, n. 11, e nota 1, p. 432, n. 11), il quale può interrompere la prescrizione ad oggetto di conservare i suoi dritti contro il terzo.

(1) Analizzando la definizione della condizione nella nota 1, p. 279, abbiam' osservato, che è della sua natura di dipendere da un avvenimento *futuro* ed incerto. Un fatto passato, quantunque ignoto alle parti, non è, a rigore parlando, una condizione. Ciò non ostante l'art. in esame che à per oggetto di definire la condizione sospensiva, dichiara che un fatto presente, ma ignoto alle parti, forma una condizione sospensiva; ma ciò deve intendersi, come spiega l'ultimo comma dello stesso articolo, che *l'obbligazione à il suo effetto dal giorno in cui è stata contratta*, come le obbligazioni pure e semplici; soltanto il creditore non può riscuotere la cosa sino a che non si sia renduto certo del fatto, o che l'abbia notificato al creditore. È una conseguenza dunque di questo principio, che se la cosa viene a perire prima di conoscersi il fatto, perisce pel creditore, poichè essendo egli proprietario per effetto della convenzione, *res perit domino;* art. 632 e 1092; Toullier, t. 6, n. 475; Duranton, t. XI, n. 72.

Quando poi la condizione è veramente sospensiva, val dire, dipenda da un avvenimento futuro ed incerto, essa à per oggetto di sospendere l'esistenza dell'obbligazione finchè venga la condizione perfettamente adempinta. Finchè dunque la condizione non è adempita, la convenzione non conferisce al creditore che una semplice speranza, *pendente conditione nondum debetur, sed spes est debitum iri;* quale speranza svanisce, non adempita la condizione: *actus conditionalis defecta conditione nihil est*, l. 8, ff. *de peric. et comodo rei venditae*. Da ciò nasce, che il pagamento fatto per errore prima che si verifichi la condizione va soggetto a restituzione, l. 16, ff. *condic. indebiti;* che il creditore sotto condizione deve restituire i frutti che avesse percepiti, l. 8, ff. *de peric. et comod. rei venditae*. Pothier, *obligat.*, n. 218; Toullier, t. 6, n. 526.

Ma la condizione avverata à un effetto retroattivo: vedi l'art. 1132 e la nota 1, p. 284.

V. gli art. 1090, 1092, 1093, 1100, 1129, 1257, 1470.

di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, insieme co' danni ed interessi (1).

§ III.

Della condizione risolutiva.

V. gli art. 784, 878, 887, 879, 888, 1044, 1050, 1071, 1132, 1256, 1504, 1519, 2011.

1136. La *condizione risolutiva* è quella che verificandosi produce la rivocazione dell' obbligazione, e rimette le cose nel medesimo stato, come se l' obbligazione non si fosse contratta.

---

(1) Questo articolo à per oggetto di definire gli effetti della condizione sospensiva, in pendenza dell'avvenimento. Diciamo in pendenza dell'avvenimento, perciocchè dopo l'avvenimento la obbligazione diventa pura o semplice, i cui effetti sono regolati dagli art. 1090 a 1092.

Deve farsi distinzione tra le condizioni che si riferiscono al passato o al presente, e quelle che si riferiscono all'avvenire. Le prime ànno il loro effetto, come abbiam'osservato nella nota precedente, nel momento della convenzione; o la convenzione è nel tempo stesso adempiuta o annullata, secondo l'effetto che deve darle la condizione. Così, per esempio, quando una mercanzia siasi venduta con condizione che la vendita non avrà luogo se non in caso che sia giunta a tal porto, la vendita o è subito perfetta ed a rischio del compratore, se la mercanzia è in porto; o da principio è nulla se la mercanzia non vi si trovi o si trovasse perita prima del contratto, perciocchè manca la cosa su cui deve essenzialmente cadere la convenzione, art. 1062 a 1080.

Se la condizione poi si riferisce all'avvenire, ossia è vera condizione sospensiva, gli effetti sono i seguenti:

1.° Se la cosa che formava oggetto della obbligazione condizionale perisce interamente prima dell'adempimento della condizione, invano questa si adempirebbe in seguito; poichè l'adempimento di una condizione non può confermare una obbligazione su ciò che più non esiste, non potendovi essere per gli art. 1062 e 1080, obbligazione senza una cosa che ne costituisca l'oggetto. Perciò il secondo comma dell'art. in esame dice, *se la cosa è interamente perita senza colpa del debitore*, *L'OBBLIGAZIONE È ESTINTA* (*) La parola *estinta* è impropria (come ben osserva Toullier, t. 6, n. 538), poichè si estingue una obbligazione che di già à avuto effetto, e non già una obbligazione che non à avuto cominciamento per la perdita totale della cosa prima dell'avveramento della condizione. — Le parti per altro possono convenire, che la perdita della cosa in pendenza della condizione, vada a carico del creditore, l. 10, ff. *de periculo et comodo rei venditae*.

Se la cosa è interamente perita per colpa del debitore, il creditore à dritto di chiedere i danni-interessi; art. 1256, 1336 e 1337.

2.° Se la cosa è perita in parte o deteriorata senza colpa del debitore, costui, avverata la condizione, dovrebbe soffrire la deteriorazione sopravvenuta alla cosa in pendenza della condizione, siccome egli medesimo profitterebbe dell'aumento; e così decideva la l. 8, ff. *de peric. et comod. rei venditae*. Ciò non pertanto, il terzo comma dell'art. in esame accorda la scelta al creditore di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, senza diminuzione di prezzo. Questo dritto di scelta è sembrato ragionevolmente a Delvinc., l. 3, tit. 5, nota 103, e a Duranton, t. XI, n. 80, contrario alle regole del dritto.

3.° Se da ultimo la cosa è perita in parte o deteriorata per colpa del debitore, la legge accorda con l'ultimo comma di queste art., al creditore, la scelta, o di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova co' danni-interessi. In che consistono questi danni-interessi, vedi la nota 3, pag. 256, e nota 2 e 3, pag. 258. E per conoscere la perdita che fa il creditore, bisogna dare alla cosa qual valore che avea nel tempo in cui si è verificata la condizione, essendo un principio generale stabilito per tutte le obbligazioni condizionali o a termine, che nel valutarsi quelle cose il cui prezzo varia, bisogna attenersi a quello che à quando la cosa può esser domandata; l. 22, ff. *de reb. cred.* Toullier, t. 6, n. 540.

4.° La condizione adempita à un effetto retroattivo, art. 1132, e nota 1, pag. 284.

(*) L'aggiudicazione preparatoria si considera come fatta sotto condizione sospensiva, e per conseguente la perdita della cosa prima della diffinitiva non va a carico dell' aggiudicatario preparatorio, ma del debitore. Pigeau parte V, tit. 4, cap. 1, sez. 1, §. 12, a sez. 2, §. 9, n. 15, e §. 10, n. 7; Carré sull'art. 712 proc. francese; Duranton, t. 21, n. 92; Duvergier, t. 1, nota al n. 80. V. la pag. 288 in fine.

Questa condizione non sospende l'esecuzione della obbligazione: essa obbliga soltanto il creditore a restituire ciò che ha ricevuto, nel caso che l'avvenimento preveduto colla condizione abbia luogo (1).

V. gli art. 1151 a 1159.

1137. La condizione risolutiva è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

V. l'art. 1056.

In tal caso il contratto non è sciolto *ipso jure*. La parte verso cui non si è eseguita l' obbligazione, ha la scelta o di costringere l' altra all' adempimento della convenzione, quando ciò sia possibile, o di dimandarne lo scioglimento insieme co' danni ed interessi.

V. gli art. 879, 1500, 1587, 1660, 1743, 1788, 1849.

La risoluzione della convenzione dee dimandarsi giudizialmente, e può accordarsi al convenuto una dilazione secondo le circostanze (2).

V. gli art. 1197, 1501, 1502.

---

(1) Se la condizione sospensiva sospende l'esistenza medesima della obbligazione, o ne impedisce per conseguenza l' esecuzione (nota 1, pag. 285), per lo contrario la condizione *risolutiva* è quella che non sospende nè l'esistenza nè l'esecuzione dell'obbligazione, ma produce la rivocazione dell'obbligazione quando viene a verificarsi. In conseguenza, la convenzione subordinata ad una condizione risolutiva è pura, e non è che l'evento che la rende condizionale. *Sub conditione* RESOLVI *et* CONTRAHI *differunt. Sub conditione contrahitur venditio quae ab initio est conditionalis: sub conditione vero* RESOLVITUR, *quae initio pura est, exitu conditionalis.*

Vediamo quali sono gli effetti della condizione risolutiva. *Verificandosi*, dice l'art. in esame, *produce la rivocazione dell'obbligazione*, e *rimette le cose nel medesimo stato, come se l'obbligazione non si fosse contratta;* e ciò tanto tra la parti, che co'terzi che anno contrattato con colui il cui dritto è rimasto risoluto. Bisogna dunque che in una vendita, p. e., sotto condizione risolutiva, che il compratore restituisca l' oggetto che avea acquistato, insieme a'frutti e tutti gli accessori, l. 4, princ. *de lege commissoria*; che paghi una indennità per i deterioramenti che avesse commessi per sua colpa o negligenza, *detta legge*. Il venditore deve restituire ciò che à ricevuto in conto del prezzo, non che gl' interessi del prezzo, l. 47, § 1, ff. *de min.*; Toullier, t. 6, n. 563; Duvergier, *de la vente*, n. 453. Ordinariamente i frutti vengono compensati cogl' interessi del prezzo; Voet, su d. tit., n. 36 e 37.

In faccia a'terzi, svaniscono le vendite, le ipoteche, le servitù e tutt'i dritti reali imposti dal compratore, in conseguenza della massima *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*, da noi sviluppata nel t. 1, nota 1, pag. 434. Ma l'obbligazione di restituire i frutti e di dare una indennità per i deterioramenti commessi sulla cosa che deve restituirsi non si estende al terzo possessore di buona fede, che fa suoi i frutti a'termini degli art. 474 e 475; e non può a lui farsi alcun rimprovero per la negligenza usata nella conservazione di una cosa ch'egli considerava come propria. La circostanza che il terzo possessore à potuto sapere, osservando il titolo del suo autore, ch'era subordinato ad una condizione risolutiva, non mena a conseguenza contro la buona fede, perchè un titolo che si può rescindere non è un titolo vizioso, ed al possessore che à potuto prevedere la rescissione del suo titolo non si potrebbe dire ch'egli ne conosceva i vizi, sino a tanto che non gli si è fatta con una domanda conoscere l'intenzione di provocare lo scioglimento del contratto. E non ostante che si è pronunziato lo scioglimento del contratto, Toullier, t. 6, n. 575 e 576, Duvergier, *vente*, n. 452, e Troplong, *de la vente*, n. 651, trovano nell' art. 1519 una ragione decisiva per decidere che gli affitti concessi di buona fede dal compratore debbon restare fermi.

Sulla quistione, se la cosa perisce in pendenza della condizione, o se questa viene a mancare, sembra chiaro che la perdita va a danno del possessore, poichè in pendenza della condizione egli era proprietario: *res perit domino*; l. 2, ff. *de lege commissoria*; l. 8, ff. *de periculo et comodo rei venditae*; l. 3, ff. *de in diem addictione*; Toullier, t. 6, n. 563. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 105—*Contra* Duranton, t. XI, n. 91.

(2) I. Fra il patto commissorio (*) del dritto romano, e la condizione risolutiva che la nuova legislazione sottintende in tutt'i contratti sinallagmatici, evvi una notabile differenza. Il patto commissorio scioglieva il contratto di pieno dritto, l. 4, ff. *de lege commissoria*, mentre che la facoltà di chiedere lo scioglimento del contratto per la sola virtù della clausola risolutiva tacita non esisteva nel dritto romano: Pothier, *vente*, n. 476.

(*) La convenzione con la quale erasi convenuto che non pagandosi dal compratore il prezzo nel termine fissato dalle parti, la vendita rimaneva risoluta, chiamavasi *patto commissorio*. Evvi nel digesto il titolo *de lege commissoria*, cioè *de conventione commissoria*.

SEZIONE II.

Delle obbligazioni a termine.

V. gli art. 1183, 1760, 1772, 1784, 1716, 2163.

1138. Il *termine* è diverso dalla condizione, in quanto non sospende l'ob-

---

La nuova legislazione sollintende in tutt'i contratti sinallagmatici la condizione risolutiva; ma questa condizione tacita non iscioglie il contratto per sua propria virtù, come la clausola risolutiva espressa; la prima dev'essere domandata in giudizio, ed il giudice può accordare una dilazione al compratore. La seconda, cioè la condiziona risolutiva espressa, opera, *ipso jure*, la risoluzione dell'obbligazione, e rimette le cose nel medesimo stato, come se l'obbligazione non fosse mai esistita; i giudici non possono giammai accordar dilaziono. Ciò risulta dall'argomento *a contrario* che offre l'art. in esame, dalla induzione che si trae dall'art. 1502, e dalla disposizione formale dall'art. 1136. Toullier, t. 6, n. 552 a 560; Duranton, t. XI, n. 85 (*).

In quanto alla quistione, se anche nel caso della condiziona risolutiva espressa, si possa ammettere il debitore alla purgazione della mora, vedi ciò che abbiamo detto nella pag. 252, parlando della purgazione della mora.

II. Dalla differenza che si è fatta tra la condizione risolutiva espressa che opera lo scioglimento del contratto *ipso jure*, e la condiziono risolutiva tacita che dà dritto a domandare giudizialmente la risoluzione, ne conchiude Toullier, t. 6, n. 527, che la via della esecuzione parata è aperta, allorchè il contratto è di formola esecutiva; così che verificata la condizione, l'usciere può precettare al debitore l'adempimento dell'obbligazione, in mancanza di che l'usciere procede al pignoramento de'beni del debitore, all'immissione in possesso del creditore, o ad altro qualunque modo legale di costringere il debitore refrettario, secondo la natura dell'obbligazione, salvo al debitore medesimo, se avesse legittime scuse, a citare il suo avversario innanzi al tribunale per farle giudicare. A noi non sembrerebbe legale il procedimento esecutivo, anche quando la condizione risolutiva si fosse dalle parti stipulata, perciocchè l'inadempimento della condizione non può che essere constatato dal giudice, massime quando il creditore essendosi stato in silenzio di agire in tempo in cui la convenzione gli dava dritto, avvi a presumere di non essere in mora il debitore. Ed anche quando la rinuncia alla purgazione della mora si fosse convenuta, non può essere che dal giudice constatato l'inadempimento, e lo stesso giudice, quantunque obbligato a dichiarare rescissa la convenzione, può accordare al convenuto per l'art. 1197 una dilazione pel pagamento del capitale. Questa massima traluce dall'arresto della Corte Suprema del 12 dicembre 1811 riferito nella pag. 253 a 255.

III. La condizione profitta a favore della parte nel cui favore è stata stabilita; così che essendosi in un contratto stabilito, che resterà sciolto se una delle parti non soddisfaccia a'suoi obblighi, è chiaro che il solo creditore può profittarne; altrimenti dipenderebbe dalla sola volontà del debitore l'annientare la sua obbligazione. Per questa ragione l'art. in esame dice che nel caso della condizione risolutiva, la parte *verso cui non si è eseguita l'obbligazione* à la scelta di costringere l'altra all'adempimento della convenzione, quando ciò sia possibile, o di chiederne lo scioglimento insieme co'danni interessi. Colui quindi che à dritto a chiedere la risoluzione del contratto può rinunciarvi, *nam legem commissoriam, quae in venditionem adjicitur, si volet, venditor exercebit, non etiam in-*

(*) L'aggiudicazione diffinitiva reputasi fatta sotto condizione risolutiva: vedi gli autori citati nella p. 286 in fine.—Ma la risoluzione, se l'aggiudicatario non paga il prezzo, à luogo *ipso jure*, nè abbisogna di esser domandata in giudizio. Ecco come si esprime Merlin nel rep. v. *folle enchere*: « In una vendita, egli dice, fatta avanti notaio o per iscrittura privata, allorchè l'acquirente non paga il prezzo nel termine convenuto, il contratto non è per questo risoluto di pieno dritto: esso non può essere risoluto, che mediante una sentenza renduta ad istanza del venditore; e non è che dopo di aver ottenuto questa sentenza che il venditore può rivendere il fondo. In una vendita giudiziaria è tutt'altra cosa. La mancanza del pagamento del prezzo produce *di pieno dritto* l'annichilamento della sentenza di aggiudicazione. Sicuramente se, allorquando l'aggiudicatario è in mora di pagare il prezzo, la legge lo considerasse ancora com'essendo stato proprietario, allora non permetterebbe di espropriarlo, che in virtù di una *sentenza risolutoria* ed ella esigerebbe che questa sentenza precedesse la procedura per la rivendita in danno. Or la legge non prescrive per la di lui espropriazione, per la procedura della rivendita in danno, che la notificazione del giudizio di ordine. (*Presso di noi si procede alla rivendita in danno col certificato del cancelliere del Tribunale di non aver l'aggiudicatario documentato l'adempimento delle condizioni che dovea eseguire, giusta l'art. 142 leg. di espropriazione del 29 dicembre 1828*). Riguarda essa dunque come annientata sin da principio, la proprietà che à riposato sulla sua testa. Dunque agli occhi della legge non è stato giammai proprietario ».

bligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione (1).

1139. Ciò che si dee a tempo determinato, non può esigersi prima della

---

vitus, dice la l. 3, ff. *de lege commissoria*, e ciò in conseguenza del principio, che ciò ch'è stato introdotto in favore di uno, non si può ritorcere in suo danno, l. 6, C. *de legibus*; si può rinunciare ad un dritto introdotto in suo favore, l. penult. C. *de pactis*. La rinuncia però non potrebbe, osserva bene Toullier, t. 6, n. 573, pregiudicare i dritti dei terzi, perchè la rinuncia sarebbe una conferma, art. 1292. Se quindi il venditore sotto condizione risolutiva avesse, *pendente conditione*, ipotecato o venduto sotto condizione lo stesso fondo, la rinuncia ch'egli facesse allo scioglimento del primo contratto, effettuato coll'avvenimento della condizione, non sarebbe di pregiudizio a' creditori ed al secondo acquirente.

III. La scelta che l'art. in esame dà al creditore, di chiedere, avverata la condizione risolutiva, lo scioglimento del contratto, o costringere il debitore alla esecuzione, fa sì che il creditore agendo per l'esecuzione, può abbandonare questa via e prescegliere quella dello scioglimento del contratto? Secondo le leggi romane, quando il venditore, posteriormente alla scadenza del termine stabilito col patto commissoria, conveniva in giudizio il compratore pel pagamento del prezzo, si presumeva di aver rinunciato al dritto che gli dava il patto, ed egli non poteva più, abbandonando il procedimento, conchiudere per lo scioglimento del contratto, l. 7, ff. *de lege commissoria*. La ragione si era che, siccome il patto commissorio scioglieva il contratto di pieno dritto, ed il venditore potendo per la l. 8 dello stesso titolo, attenersi allo scioglimento o alla esecuzione del contratto, allorchè determinavasi per l'esecuzione, riconosceva l'esistenza della vendita, ed abbandonava per conseguenza l'azione risolutiva. Sotto l'impero del codice debbe dirsi l'opposto, tanto se la condizione risolutiva è tacita, ch'espressa. Essendo tacita la condizione, non produce effetto che quando il creditore à domandato l'esecuzione e non l'à ottenuta, e non si può per conseguente vedere nella procedure dirette per l'esecuzione, una rinuncia all'azione risolutiva; sarebbe indurre l'abbandono di un dritto da ciò che costituisce l'adempimento della condizione dalla quale dessa dipende. Lo stesso debba dirsi se la condizione risolutiva è stata espressamente stipolata, per la ragione, avuto anche riflesso allo spirito dell'art. 1502, che la condizione risolutiva dev'essere preceduta da una intimazione per l'esecuzione: Merlin, quistioni di dritto, v. *option*, §. 1; Toullier, t. 10, n. 191; Duvergier, *de la vente*, n. 444.

(1) Ciò che abbiamo a dire sulle obbligazioni a termine, si riduce a tre punti generali. 1.° Che cosa è il termine, quali sono le due differenti specie, e come si computa; 2.° Quali sono gli effetti del termine; 3.° Quando il debitore può esser decaduto dal termine. I primi due punti sono qui esaminati, ed il terzo nella nota seguente.

I.

Che cosa è il termine, quali sono le sue differenti specie, e come si computa.

Il termine è una dilazione conceduta al debitore per adempire alla sua obbligazione. Differisce adunque dalla condizione in ciò, che l'esistenza della obbligazione non è sospesa da alcun avvenimento, ma è irrevocabile dal momento del contratto, ed il creditore è semplicemente obbligato ad attendere il giorno della scadenza.

Il termine è di diverse specie; è *determinato* o *indeterminato*; è *espresso* o *tacito*; è di *dritto* o *di grazia*. Fermiamoci a sviluppare queste differenti specie di termine.

I. *Termine determinato o indeterminato*.

È *determinato* il termine, allorchè il pagamento o l'esecuzione dell'obbligazione non può esser richiesta che nel giorno convenuto.

È *indeterminato*, quando il giorno preso per termine è incerto. Or il giorno può essere incerto di tre maniere: 1.° Può essere incerto *se arriverà e quando arriverà*, nel caso che verrà. Vi donerò il fondo Tuscolano, quando prenderete moglie; la incertezza se prenderete moglie e sull'epoca del matrimonio, forma piuttosto una condizione che un termine, l. 11, ff. *quando dies legat. ced.*—2.° Può essere incerto solamente *se il giorno arriverà*, quantunque l'epoca, nel caso che verrà, fosse certa. Per esempio, vi pagherò cento ducati allorchè arriverete a 25 anni; questa incertezza forma bene spesso una condizione, l. 22, *cod. tit.* — 3.° In fine può esservi incertezza solamente *quando il giorno arriverà*, quantunque fosse certo che arriverà. Per esempio, vi pagherò mille all'epoca della mia morte; nell'antico dritto romano si riguardavano come nulle le stipolazioni la cui esecuzione dovea aver luogo dopo la morte di uno de' contraenti, perciocchè le azioni dovevano

V. gli art. 1093, 1771, 1816.

scadenza del termine; ma non può ripetersi ciò che si è pagato anticipatamente.

---

aver cominciamento nelle persone medesime de' contraenti; ma questa regola fu abrogata da Giustiniano con la l. unic. C. *ut actiones et ab haered.*, la quale stabilì la massima, che le azioni possono essere esercitate dagli eredi e contro gli eredi. Toullier, t. 6, n. 652.

II. *Termine espresso o tacito* — È espresso il termine, allorchè viene stabilito con la convenzione — È tacito, allorchè risulta tacitamente dalla natura delle cose che sono l'oggetto dell'obbligazione, e pel luogo dove deve farsi il pagamento; l. 73, ff. *de V. O.* Se vi ho promesso di pagarvi una cosa in Roma, l'obbligazione suppone tacitamente il tempo ch'è necessario per far pervenire la promessa somma a Roma; *d. leg.*, e Pothier, *obl.*, n. 228. V. la pag. seguente, n. 7.

III. *Termine di dritto o di grazia* — È di dritto il termine, quando fa parte della convenzione che à dato l'essere all'obbligazione, essendovi contenuto espressamente o almeno tacitamente.

È di grazia, quando venendo richiesto dal debitore, è accordato dal magistrato con cognizione di causa, art. 1197 ll. cc., e 216 *p. c.* Vedi le osservazioni su detto articolo 1197.

IV. *Del modo come si calcola il termine* — Quando trattasi di atti di procedura, citazioni o intimazioni, non sono mai computati ne' termini il giorno della notificazione o quello della scadenza: il termine è libero: *art. 1109 p. c.* Ne' termini convenzionali il giorno della scadenza è senza dubbio compreso; ma quello *a quo* è compreso nel termine? È stata questa una controversia agitatissima tra gli antichi scrittori, ed anche oggi si è impegnata una polemica tra i dottori. Toullier, t. 6, n. 684 e t. 13, n. 50 a 57; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 118, Grenier, *hypot.* convengono che il giorno del termine non si conta, e Merlin che nel rep., v. *lois*, § 5, n. 9 bis avea insegnato la medesima dottrina, nella quarta edizione del rep., v. *loi* e *prescription* à cangiato opinione. Si può vedere in Troplong, *hypot.*, n. 294 a 315 una lunga dissertazione, con la quale dimostra, contro la dottrina di Merlin e con molta erudizione, che *dies a quo non computatur in termino*.

II.

Effetti del termine.

Conviene considerare gli effetti del termine in quanto al creditore, e relativamente al debitore.

I. *Effetti del termine in quanto al creditore* — Questi effetti possono ridursi a' seguenti principî:

1.° Poichè la obbligazione a termine differisce dalla condizionale, in ciò che non sospende l'obbligazione, ma, come dice l'art. 1138, ne ritarda l'esecuzione, ne segue, che l'obbligazione è perfetta sin dal momento della convenzione, e la perdita della cosa prima del termine va a carico del creditore, nello stesso modo che nelle obbligazioni pure e semplici: vedi la nota 3, pag. 247.

2.° Il debitore sotto condizione potrebbe ripetere ciò che avesse pagato in pendenza della condizione, siccome abbiam' osservato nella nota 1, pag. 284. Al contrario colui che deve soddisfare una cosa in un determinato tempo non ancora scaduto, pagando, nulla potrebbe, dice l'art. 1139, ripetere, perchè era veramente debitore; e ciò anche se il pagamento si fosse fatto per errore; l. 10, ff. *condict. indebiti*; salvo al debitore il dritto di ripetere gl'interessi che avesse pagati in unione del capitale prima del termine. Durantou, t. XI, n. 103 e 111.

3.° Che il creditore non può esigere la soddisfazione del debito sino a che il tempo non sia spirato, l. 41, § 1, ff. *de V. O.* L'art. 1139 che conferma questo principio è una conseguenza necessaria della regola, che è nella natura dell'obbligazione a termine di differire l'esigibilità del debito sino a che il termine sia interamente elasso. Da ciò la massima che *chi à termine nulla deve*, assioma che non esprime certamente che prima della scadenza del debito a termine, nulla sia dovuto al creditore; esprime solamente che sino a quando il termine non è scaduto, il creditore non può farsi pagare e non à azione di esigere il pagamento attuale di ciò che gli è dovuto. Pothier, *obligat.*, n. 232; Merlin, rep., v. *hypot.*, sez. 2, § 2. art. 5; Toullier, t. 6, n. 662; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 117.

4.° Che il creditore in pendenza del termine può fare tutti gli atti conservatori tendenti a conservare il suo dritto, art. 1133 con la nota; non escluso quello di chiedere la ricognizione del titolo, art. 1309. Toullier, t. 6, n. 562 e 563.

5.° Che il creditore non può, prima della scadenza del termine, chiedere che il debito

1140. Il termine si presume sempre stipulato a favore del debitore, quando non risulti dalla stipulazione o dalle circostanze che siasi convenuto egualmente a favore del creditore.

V. gli art. 1197, 1211, 1245, 1246, 1783 II, ec.; a 145 e 187, leg. di eccez.

1141. Il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, quan-

---

gli sia pagato ella scadenza, laddova nulla abbia fatto cho possa dare inquietitudine al creditore. In questo casa il creditore è senza aziona a chiedere anticipatamente la candanna del debitore, siccnmo decide la l. 9, ff. *de rebus creditis*, la quale dice: *coeterum si in diem sit vel sub conditiane obligatio, ante diem vel conditionem nan patera agere.* Ma se il debitora à tenuto verso il creditore una condotta cha l'avverto di mettersi in guardia e di vegliare alla conservaziane de' suoi dritti, il creditore può agire prima delln scadenza, poichè le azioni puramente conservatarie gli appartengoaa nè più, oè meno che se il credito fosse scaduto, e oon si può considerare che puramente conservatoria l'azione ch'egli intenta ad oggetto di far dichiarare che un talo il qoale negu esser suo debitore, o che coofassandolo, si conduco in modo da far temere per la sua solvibilità, gli dobba tal somma pagabila a tal termioe, e che alla scadenza di questo termine, sarà tenuto a pagarla. Che se, come abbiam'osservato nella nota a, pag. a84, un creditaro condizionala abbia intentata la sua domanda prima dell'adempimeoto della condizione, e che la condiziana l'adempia duraote il giudizio, il debjtore dovrà essere candannato puramente, nan si oserebbe dire che un creditore a termine debba essera trattato mena favorevalmeote che un creditare sotta condiziane. E la l. 16, ff. *de petione hereditatis* (riferita nella citata nota) tronca ogni difficoltà su questo punto, poichè dichiara la sua disposizione camune al creditaro a termine ed a quello sotto coodizione. Vact, *ad pandectas*, tit. *de judiciis*, n. a6; Merlin, rep., v. *hypot.*, sez. 2, § 2, art. 5; Taullier, t. 6, o. 664.

6.° Cho il creditore, per le ragiooi espaste nel numero precedente, può in pendenza del termine, avendo giusti timori, fare sequestro presso terzi, ed opporsi alla restituzione del capitala di una rendita davuta al sua debitore. Toullier, t. 6, n. 673 e 674; Carrè, *lois da proc.*, sull'art. 125 (219) proc. franc.

7.° Che il creditore non può essere costretto prima della scadenza a ricevere un pagamento, quando dalla *convenzione* o dalle *circostanze* risulti che il termine è stato stipulato in suo favore, art. 114a e 1211, n. 4.

Il termine può risultare stipulata in favore del creditore in due maniere: o espressamente o tacitamente. *Espressamente*, quando nella canvenzione si dica che il debitore nan potrà restituire la somma dovuta prima del termine, o che sarà obbligato di avvertiro il creditoro in un determinato tempo prima. Tacitamente, quando risulta dalla stipulaziono che à egualmente per oggetto l'interesse del creditore o quello del debitare. Così nel mutuo ad interesse, il debitore non può costriagero il creditore a ricoversi il capitale prima dal tempo convenuto, ma potrebbe prima della scadenza rimbarsare un mutuo fatto per anno, aggiungendo al capitale gl'interessi stipulati. Voet, tit. *de reb. creditis*, n. ao; Duranton, t. XI, n. 109. *Contra* Toullier, t. 6, n. 677.

Le *circastanze* possono ancora far presumere che il termine è stipulato a favore del creditore, como sarobbe il caso in cui io comprassi bovi alla fino dell'autunno, per essermi consegnati nolla primavera, affinchè il venditore li nudrisca nel corso dell'inverno. Taullier, t. 6, n. 678.

Da ultimo è natevale che negli affari di commercio, come nelle lettere di cambio e biglietti ad ordine, il termine presumendosi a favore di ambo le parti, il debitore non può costringere il possessore del titolo commerciale ad esigere il pagamento prima della scadonza, art. 145 e 187, *leg. di eccez.* Pardessus, *droit com.* n. 187; Toullior, t. 6, n. 679; Duranton, t. XI, n. 106 e 107.

II. *Effetti del termine relativamente al debitore*—Abbiamo di già ossarvato che il termine à soprattutto per effetto di ritardara l'esecuzione dell'obbligazione, e d'impedire che il debitore possa essere costretto a pagare prima della scadenza; l. 9, § 1, ff. *de reb. credit.*, art. 1138 e 1139. Ma può il debitore forzare il creditore a ricevere il pagamento prima della scadonza, per la ragione che si presume il termino stipulato in favore del debitore, l. 17, ff. *de reg. jur.*, art. 114a.

Un altro effetto del termine si è d'impedire la compensazione del debito sino a che non sia scaduto. Por esempio, se ò data a prestito a Tizio una somma che si è abbligato di restituirmi alla fine di dicembre 1844, e Tizio divonta erede di un mio creditore cui io debba simil somma alla fine di ottobre dello stesso anna; io non posso opporre a Tizio che mi conviene alla scadenza, la compensaziane; poichè la compensazione essendo un pagamenta, sarebbe lo stesso che voler obbligare Tizio a soddisfarmi prima del termine;

V. gli art. 1459, 1501, 1784, 1785, 1904, 2017 ll. cc.; 218, p. c. , e 440 leg. di eccez.

do si è reso decotto, o quando per fatto proprio ha diminuito le cautele che aveva date col contratto al suo creditore (1).

---

art. 1245; Pothier, *obl.* n. 232; Toullier, t. 6. n. 680. Non così se il termine è *di grazia* (nota 1, p. 289), che à effetto solamente di arrestare il rigore del procedimento, e non di opporsi alla compensazione; *aliud est enim diem obbligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis*; l. 16, § 1; ff. *de comp.*, art. 1246; Pothier, *ibid.*

(1) Il termine accordato dal creditore al debitore si presume di avere per fondamento la confidenza nella sua solvibilità: qualora dunque essa viene a mancare, cessa l'effetto del termine.

Da questo principio se ne inferisce, che per due cause il debitore può esser privato del beneficio del termine: 1.° Per la decozione; 2.° Per la diminuzione delle cautele stipulate nel contratto. Analizziamo.

I. *Decozione del debitore* — Dicesi *decotto* il debitore *i cui beni mobili ed immobili non bastano a' creditori apparenti*. Se colui che cessa da' pagamenti è commerciante, dicesi *fallito*. art. 429, *leg. di eccez.*—L'art. 218 p. c. stabilisce una presunzione di decozione, se i beni del debitore *saranno venduti ad istanza di altri creditori*, e si vede bene che questa disposizione messa a confronto con quelle che la precedono, debbe applicarsi al caso in cui siesi dal giudice accordata la dilazione di grazia, nè può estendersi al termine stipulato; altrimenti bisognerebbe dedurre che un semplice pignoramento di mobili o di stabili in danno di un debitore per altro solvibilissimo, abbrevierebbe tutte le dilazioni convenzionali. Duranton, t. XI, n. 117. *Contra Pigeau proc. civ.* l. 2, cap. 1, sez. 2, § 1.

È da osservarsi; che se fra più debitori solidali ve ne sono taluni decotti, il creditore può esigere da questi ultimi il suo credito prima del termine; ma colui ch'è solvibile deve profittare del termine, nè deve dar cauzione a causa de' suoi condebitori decotti; *Nemo ex alterius facto praegravari debet*; Pothier, *obl.* n. 235 — Questa dottrina prende altresì argomento dall' art. 440 *leg. di eccez.* la cui disposizione è esclusiva per gli affari di commercio. Duranton, t. XI, n. 119; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 120. Lo stesso debbe dirsi del fidejussore: Duranton, t. XI, n. 120.

II. *Diminuzione di cautele* — La diminuzione delle cautele stipulata toglie al debitore il beneficio del termine, quantunque il suo patrimonio presentasse al creditore sufficiente garantia. Il debitore che viola la legge del contratto perde meritamente il beneficio del termine. La vendita quindi di parte de' beni ipotecati al credito, dà dritto al creditore di domandare che il debitore sia privato del beneficio del termine, se il compratore à fatto liberare a' termini degli art. 2075 e seg. il suo contratto da' privilegi ed ipoteche; e ciò anche se il creditore fosse stato graduato parzialmente, poichè questa graduazione lo forza a dividere il suo credito; Toullier, t. 6, n. 666; Delv., l. 3, tit. 5, nota 120; Duranton, t. XI, n. 126.

Ma se il compratore non à liberata la proprietà, il debitore non potrebbe privarsi del beneficio del termine, poichè ipotecando i suoi beni non si à interdetta la facoltà di alienare; il creditore non vede in questa alienazione che una *possibilità* di diminuzione di cautele, e l'art. 1141 pronunzia la decadenza nel caso di diminuzione *effettiva* delle cautele. Toullier, t. 6, n. 667; Delv., l. 3, t. 5, n. 120; Duranton, t. XI, n. 127.—In senso contrario per altro si è deciso dalla Cassazione di Parigi con l'arresto censurato da' citati scrittori, e conformemente all'arresto di Parigi si è deciso dalla Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto del dì 5 aprile 1833 (causa *Cattaneo e de Alteriis*). Considerò la Corte Suprema, che il debitore che à dato un'ipoteca, alienando il fondo ipotecato, diminuisce col suo fatto la cautela data al creditore, e quindi non può scansare la risoluzione del contratto. Invano si oppone, dice la Corte Suprema; che siccome la ipoteca segue il fondo stesso presso chiunque si trovi, così la distrazione non potrebbe dirsi aver diminuito le cautele; perciocchè è regola di dritto, *nemo debitorem, aut creditorem suum mutare invitus cogitur*, l. 171, ff. *de reg. jur.* Inoltre la cautela è diminuita col passagio del fondo nelle mani di un terzo, da che contro il debitor principale si va direttamente, non col giro dell' ipotecaria: col terzo si corre il rischio della prescrizione, o si va soggetto ad altri cimenti che col debitor principale meglio si scansano.

Sono a notarsi due condizioni che richiede l'art. in esame, come anche l'art. 218 p. c. per pronunziarsi la decadenza del termine per diminuzione di cautele:

1.° Bisogna che, per dirsi violata la convenzione, le cautela sieno stipulate *nel contratto*. Non vi sarebbe quindi decadenza, se il debitore alienasse i suoi beni gravati d' ipoteca legale o giudiziale, salvo il caso di decozione. Toullier, t. 6, n. 668; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 120; Duranton, t. XI, n. 125.

SEZIONE III.

Delle obbligazioni alternative.

1142. Chi ha contratta una *obbligazione alternativa*, se ne libera col consegnare una delle due cose comprese nella obbligazione (1).

V. l'art. 1083.

1143. La scelta appartiene al debitore, se non è stata espressamente accordata al creditore (2).

V. gli art. 976, 1115, 1149, 1199.

1144. Il debitore può liberarsi, consegnando una delle due cose promesse; ma non può astringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra (3).

V. gli art. 1174 a 1197.

2.° Che le diminuzioni avvengano *per fatto del debitore*. Se le cautele quindi sono diminuite per circostanze fortuite o indipendenti dalla volontà del debitore, non sarebbe il caso di pronunziare la decadenza dal beneficio del termine, arg. dell'art. 1017; Toullier, t. 6, n. 669; Duranton, t. XI, n. 121.

(1) L'obbligazione alternativa è quella in forza della quale uno si obbliga a dare o fare più cose, in modo che la soddisfazione di una di esse basta ad estinguere tutto il debito; come se io mi fossi obbligato di darvi un tale cavallo, o il tale bue. Per essere quindi alternativa una obbligazione, bisogna che si sieno promesse due o più cose con una particella disgiuntiva; mentre più cose promesse con una particella congiuntiva, formano tante obbligazioni per quante sono le cose contenute nella promessa, l. 29, ff. *de verb. oblig.*, ed il debitore non resta liberato che con la soddisfazione di tutte; ma qualora sono state promesse sotto l'alternativa, non sussiste che una sola obbligazione, l. 27, ff. *de leg.* 2.°, la qual può estinguersi colla soddisfazione di una di esse; l. 110, § 3, ff. *de reg. jur.* Questi principî àn servito di base all'art. in esame.

Non bisogna confondere le obbligazioni alternative con *le facoltative*. S'intende per obbligazioni *facoltative* quelle che ànno per oggetto una o più cose, con facoltà pel debitore di pagare una somma o un'altra cosa in cambio di quella o di quelle che sono dovute, ma senza che questa somma o questa cosa sia compresa nell'obbligazione come oggetto, come cosa dovuta. Per esempio, *Tizio mi darà il fondo Corneliano, riserbandosi la facoltà di darmi in sua vece ducati mille.* In questa stipulazione l'oggetto della obbligazione è determinato al fondo Corneliano; i mille ducati non sono nell'obbligazione, ma solamente nella facoltà del pagamento, *in facultate solutionis*. Ed è rilevante negli effetti la distinzione tra le obbligazioni alternative e facoltative: 1.° Nelle obbligazioni alternative son comprese nell'obbligazione le due cose, così che perendone una, l'altra è dovuta, art. 1145: non così nell'obbligazione facoltativa per effetto della quale una sola cosa è dovuta, così che, nel proposto esempio, il creditore non può domandare che il fondo Corneliano e non i mille, quantunque il debitore possa, prima o dopo la domanda del fondo pagarli. La perdita quindi del fondo estingue l'obbligazione del debitore. 2.° Che nelle obbligazioni alternative, il credito è mobiliare o immobiliare, secondo che la cosa che il debitore paga e consegna è mobile o immobile; mentre nell'obbligazione facoltativa è determinata dalla natura della cosa ch'era dovuta, quantunque il debitore si determinasse a pagare, come nel proposto esempio, danaro. Pothier, *obligat.*, n. 244; Toullier, t. 6, n. 700 e 701; Duranton, t. XI, n. 153 a 157.

(2) Questa regola ricavata dalla l. 25, princ. ff. *de contr. empt.*, è una conseguenza del principio stabilito nell'art. 1115. Morendo il debitore prima della scelta, e il creditore quando tal dritto a lui è accordato, si trasmette agli eredi, art. 976 e 1076. Toullier, t. 6, n. 691; Duranton, t. XI, n. 139.

Se gli eredi non si accordano nella scelta, vedi le osservazioni contenute nella nota 1, p. 222.—Sino a che l'offerta non è accettata, il debitore può ritrattarla, ed offrire l'altra cosa che formava per oggetto dell'obbligazione, arg. degli art. 1163 e 1214; Dolv., l. 3, tit. 5; n. 126; Toullier, t. 6, n. 692; vedi la nota alla pag. 222, n. II.

(3) Questa regola vale anche pel creditore che avesse la scelta della cosa: egli non potrebbe chiedere parte dell'una e parte dell'altra, l. 8, § 2, ff. *de legatis* 1.°; Pothier, *obligat.*, n. 247; Toullier, t. 6, n. 690.

Debbe dirsi lo stesso, se il debitore muore prima di aver esercitato il dritto di scelta. Quantunque questo dritto si trasmettesse a' suoi eredi, come abbiamo osservato nella nota precedente, gli eredi medesimi non potrebbero dividere il debito alternativo. Se per esem-

V. gli art. 1075 e 1082.

1145. L' obbligazione alternativa diviene pura e semplice, se una delle due cose promesse non poteva essere il soggetto dell' obbligazione (1).

V. gli art. 997, 1090, 1092, 1147.

1146. L' obbligazione alternativa diviene pura e semplice, se una delle due cose promesse perisce, e non può più essere consegnata, quando anche ciò accada per colpa del debitore. Il prezzo di questa cosa non può essere offerto in suo luogo.

Se ambedue le cose son perite, ed il debitore sia in colpa riguardo ad una di esse, egli dee pagare il prezzo di quella che fu l' ultima a perire (2).

---

pio Tizio mio debitore di una tal cosa, o di dieci mila ducati, lascia due eredi, uno di questi non verrà ammesso a pagare la metà di una di queste due cose, sino a che l'altro erede non paga l'altra metà della cosa medesima. Imperciocchè, se fosse permesso ad uno degli eredi di pagare la metà della cosa, ed all'altro la metà della somma, ne risulterebbe un pregiudizio al creditore, il quale dee ricevere in pagamento l'una delle due cose intere, e non due metà di due cose diverse; l. 85, § 4, ff. *de verb. obligat.* Pothier, *obligat.*, n. 313; Duranton, t. xi, n. 296.

Quando vi sono più obbligazioni alternative diviso ad anni, la scelta fatta in un anno non impedisce di variare negli altri anni. Così, se io debbo una rendita di dieci ducati o cinque tomola di grano per ciascun anno, il debitore può scegliere annualmente una delle due cose: e se avesse soddisfatto la prima annata in danaro, potrebbe benissimo nella seconda pagare in grano; l. 21, § 6, ff. *de act. empt.*; Pothier, *obligat.*, n. 247; Toullier, t. 6, n. 693; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 127.

II. Se il debitore avesse consegnato al creditore una cosa, ignorando il dritto che avea di scegliere, può farsi restituire la cosa di già data, e consegnar l'altra compresa nell' obbligazione, purchè il creditore che à ricevuto la cosa in buona fede non ne ricevesse pregiudizio. Pothier, *obligat.*, n. 255 e 256; Toullier, t. 6, n. 692.

(1) La ragione di questa disposizione si è, che una obbligazione non è alternativa, quando l' una delle due cose che mi sono state promesse non era suscettiva di formarne il soggetto, poichè manca in questo caso il dritto di scelta. Se quindi uno mi à promesso il fondo Corneliano o mille ducati, e si trova che il fondo Corneliano mi apparteneva, egli deve mille ducati, nè à facoltà di consegnarmi il fondo Corneliano, quantunque abbia cessato di esser mio; perchè il fondo Corneliano non essendo all' epoca del contratto suscettivo dell' obbligazione ch' è stata contratta in mio favore, *cùm res sua nemini deberi possit*, non v' à che i mille ducati che possono essermi dovuti; l. 72, § 4, ff. *de solut.* Pothier, *obligat.*, n. 249; Toullier, t. 6, n. 694.

(2) Di due cose che formano oggetto di obbligazione alternativa, può avvenire che prima della scelta ne perisca una, o entrambe. Perendone una, perisce pel debitore, poichè egli n' è il debitore sino a che non ha fatto la scelta, e *res perit domino*. Perciò il primo comma dell' art. in esame stabilisce, che perita una delle due cose, l'obbligazione diventa pura e semplice, ossia rimane il debitore obbligato a consegnare la cosa rimasta, alla cui conservazione deve vegliare, art. 1090. Nè potrebbe il debitore offrire il prezzo della cosa perita, dice lo stesso comma dell' art., conformemente alla l. 95, § 1, ff. *de solut.*, perchè la cosa ch' è perita non essendo più, non è più dovuta, e quella che resta è la sola che costituisce il debito. E poco importa se la cosa sia perita per colpa o senza colpa del debitore, perciocchè nelle obbligazioni alternative il debitore avendo la scelta di consegnare una delle due cose, la sua colpa nel farne perire una, non rende pregiudizio al creditore che deve contentarsi di quella offerta. Pothier, *obligat.*, n. 251.

Se poi le due cose sono perite senza colpa del debitore, e prima che il debitore fosse in mora, l' obbligazione è estinta, dice l' art. 1148. Ma se delle due cose perite successivamente, la prima lo fu per colpa del debitore, e la seconda no, si dovrebbe a rigore di dritto dire che l' obbligazione è estinta, perchè con la perdita della prima cosa essendo rimasta pura e semplice l' obbligazione di consegnare la seconda, dessa essendo dovuta dal debitore, *res perit domino*. Eppure il secondo comma dell' art. in esame obbliga in questo caso il debitore a pagare il prezzo di quella cosa che fu l' ultima a perire, per la ragione che se il debitore non avesse con colpa fatto perire la cosa, sarebbe rimasta nel suo dominio: or ognuno deve rispondere del suo fatto, art. 1336. Pothier, *obligat.*, n. 252 opinava che in questo caso dovrebbe il debitore pagare il prezzo di quella ch' è perita per sua colpa; ma il nostro art. dice, il prezzo di quella *che fu l' ultima a perire*, anche se l' ultima fosse perita senza colpa; nè sembra questa disposizione regolare. Imperciocchè quando le due cose sono perite successivamente *per colpa* del debitore, si comprende che non à la facoltà di pagare il prezzo di quella delle due ch' egli vorrebbe, per la ragione che

1147. Quando ne' casi preveduti nel precedente articolo la scelta era stata accordata nella convenzione al creditore; o una soltanto delle cose è perita, ed allora, se ciò è accaduto senza colpa del debitore, il creditore dee ricevere quella che resta; se il debitore è in colpa, il creditore può chiedere la cosa rimasta, o il prezzo della cosa perita: o ambedue le cose sono perite, ed allora se il debitore è in colpa relativamente ad ambedue, o anche ad una sola, il creditore può dimandare il prezzo dell'una o dell'altra, a sua elezione (1).

1148. Se le due cose son perite senza colpa del debitore, e prima che egli fosse in mora, l'obbligazione è estinta in conformità dell'art. 1256 (2).

V. l'art 1093.

1149. Gli stessi principj si applicano a'casi ne'quali più di due cose sono comprese nella obbligazione alternativa.

SEZIONE IV.

Delle obbligazioni solidali.

§ I.

Della solidalità fra' creditori.

1150. L'obbligazione è *solidale* tra più creditori, quando il titolo espressamente attribuisce a ciascun di essi il diritto di chiedere il pagamento dell'intero credito: ed il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore, ancorchè l'utile della obbligazione si possa dividere e ripartire tra i diversi creditori (3).

V. gli art. 1172 a 1175.

---

essendosi la prima estinta, è rimasto debitore puro e semplice di quella ch'è rimasta, la quale perita per sua colpa, si deve il prezzo in vece della medesima, l. 82, § 1, ff. *de verb. obligat.*; ma quando la seconda è perita *senza colpa*, e prima della mora, non dovrebbe il debitore che pagare il prezzo della prima perita per sua colpa, l. 95, § 1, ff. *de solut.* Malgrado queste ragioni, l'art. non fa tale distinzione.

(1) A ciò che abbiamo detto nella nota precedente aggiungiamo, che quando risulta dalla convenzione che la scelta è accordata al creditore, egli può esigere dal suo debitore la cosa ch'è rimasta o il prezzo di quella perita per colpa del medesimo, altrimenti la colpa gli sarebbe nociva, se quella ch'è perita fosse stata più preziosa. Pothier, *obl.* n. 253.

(2) Questo articolo è applicabile tanto al caso in cui la scelta appartiene al debitore, che a quello della scelta convenuta a favore del creditore. Vedi le due note precedenti.

(3) I. Nelle convenzioni, due o più persone possono obbligarsi a favore di altre a consegnare una cosa o a pagare una somma. Siccome è un principio, che ognuno si presume di avere stipulato nel proprio interesse, sia come creditore, sia come debitore, il dritto o l'obbligazione *si divide* fra le persone intervenute nell'atto, e ciascheduna non profitta o non s'obbliga che per la sua parte. Da ciò nasce che non à luogo il dritto di accrescere nelle convenzioni: vedi le osservazioni all'art. 1170.

Ma la solidarietà cangia questo stato di cose: le parti possono convenire che l'obbligazione di una stessa cosa è contratta da ciascun debitore pel totale, come se ciascuno fosse il solo debitore: e pure è contratta verso ciascuno de' creditori pel totale, come se ciascuno ne fosse il solo creditore. Chiamasi *solidale* questa obbligazione, perchè non vi è che un solo credito, un solo debito; *cum una sit obligatio, una summa est*, l. 3, §. 1, ff. *de duobus reis*. Quando la solidarietà è a favore de' creditori, i creditori solidali chiamansi *rei stipulandi*; se la solidarietà è tra i debitori, dessi chiamansi *rei promittendi*, *correi debendi*, l. 1, ff. *de duobus reis*.

II. Premesse queste idee, passiamo ad esaminare la disposizione dell'art. 1150 risguardante gli elementi che deve contenere una obbligazione per dirsi solidale a favore de' creditori. Questi elementi sono:

1.° Che la solidarietà fra creditori deve risultare da un *titolo*, e questo titolo può essere una convenzione, il testamento, la legge. La solidalità convenzionale può risultare da qualunque specie di contratto, l. 9, ff. *de duobus reis*. — Di una obbligazione solidale

V. gli art. 1192 a 1195.

1151. Il debitore ha la scelta di pagare o all'uno o all'altro de'creditori solidali, quando non sia stato prevenuto da uno di essi con giudiziale domanda (1).

V. gli art. 1238 e 1319.

Ciò nondimeno la remissione del debito fatta da un solo de'creditori solidali non libera il debitore se non per la porzione di tal creditore (2).

---

che deriva da una disposizione testamentaria, ci fornisce un esempio la l. 16, ff. *de legatis 2.°: il mio erede darà cento a Cajo o a Sejo.* L'erede non dee, in questo caso, che una sola somma; ma la dee per intera a ciascuno de'due legatari che ne sono creditori solidali, in maniera però che il pagamento ch'egli farà di questa somma ad uno di essi, la libera anche verso l'altro: Cujacio su d. leg.; Pothier, *obligat.* n. 259; Toullier, t. 6, n. 721; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 113.—La solidarietà in fine può risultare dalla legge, come per esempio, in materia di società commerciale il socio che tiene il titolo è il mandatario legale anche degli altri, e può esigere l'intero credito dal debitore. Pardessus, *droit commerc.*, n. 181.

2.° Che la solidarietà tra creditori non si presume, ma dev'essere *espressamente* stipulata, e ciò è consono alla l. 11, § 1, ff. *de rebus dubiis.* La parola *espressamente* non è certamente sacramentale: dessa vuol dire che la volontà delle parti deve chiaramente risultare dall'atto. Toullier, t. 6, n. 721; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 141; Duranton t. xi, n. 190.

3.° Che non basta che il titolo concedesse espressamente a ciascun creditore il dritto di chiedere il pagamento per intero; ma fa mestieri altresì, per esservi solidalità, che i creditori stipulino la stessa cosa, con la medesima persona, nello stesso tempo, o nella evidente intenzione che la cosa sarà dovuta a ciascuno di essi per l'intero; l. 2, ff. *de duobus reis;* Inst. princ. e § 1, *eod. tit.;* Vinnio, *ad princ. Inst. d. tit.* Duranton, t. xi, n. 163.

4.° Che col pagamento fatto dal debitore ad uno de'creditori solidali, viene liberato, dice l'art. in esame, coerentemente alla l. 13, § ult., ff. *de accept.*

5.° Che restando liberato il debitore verso di tutti col pagare ad un sol creditore solidale, non segue che chi à ricevuto il pagamento possa appropriarsi l'intero credito, e privarne gli altri. Era questo per altro un punto controvertito per dritto romano; poichè Vinnio sul § 1, Inst. *de duobus reis*, e Fabro C. lib. 8, tit. 27, def. 1, sostenevano che il creditore solidale che avea ricevuto dal debitore l'intero credito, dovea *per equità* dividerlo con l'altro creditore; ma Voet, *de duobus reis*, n. 7, fondandosi sulla l. 62, princ. *ad legem falcidiam* insegnava, che il creditore solidale introitato avendo l'intero credito, non era obbligato a farne parte agli altri creditori, purchè però non esistesse una società fra loro. A rimuovere siffatta difficoltà l'art. in esame con le parole *ancorchè l'utile della obbligazione si possa dividere e ripartire fra i diversi creditori*, à voluto stabilire, che generalmente l'utile della obbligazione è divisibile tra i creditori, a meno che con una particolare convenzione o dalle circostanze derivi che l'utile della obbligazione non possa ripartirsi; Duranton, t. xi, n. 172; Toullier, t. 6, n. 727.

(1) Sino a che le cose sono intere, il debitore à la scelta di pagare a chiunque de'creditori solidali; ma se è stato con una *domanda* prevenuto da uno de'creditori, non può che a lui pagare; e qui per *domanda* non s'intende (come osserva Duranton, t. xi, n. 173) una domanda giudiziaria soltanto, ma anche un precetto, se il titolo creditorio è rivestito di esecuzione parata. Il creditore con la domanda à determinato il debitore a non pagare che a lui, ed in questo caso non può pagare a que'che non domandano, i quali potrebbero aver perduto il loro dritto; l. 16, ff. *de duobus reis;* Pothier, *obligat.*, n. 260; Toullier, t. 6, n. 725; Duranton, t. xi, n. 173.

(2) Per dritto romano, allorchè uno de'creditori solidali rimetteva il debito, liberava il debitore verso gli altri creditori, laddove costoro non avean avanzato domanda pel pagamento, l. 2, ff. *de duobus reis;* e Pothier, *obligat.*, n. 260 ne dava per ragione, che ciascuno de'creditori essendolo pel totale, può il debitore pria che sia stato prevenuto giudiziariamente da uno di essi, fare la remissione del debito e liberarlo da tutti; perchè, siccome il pagamento del totale fatto ad uno de'creditori solidali libera il debitore, nella stessa guisa la remissione del totale fatta da uno de'creditori, tenendo luogo di pagamento, debbe liberarlo verso tutti.

Nelle discussioni su questo comma dell'articolo in esame, il Tribunale di Francia con le sue osservazioni (Locré, t. 5, p. 128, n. 27) si pronunziò contro il progetto che cangiava su questo punto il dritto romano. Malgrado queste osservazioni, il progetto passò in legge, ed ecco come l'oratore del governo Bigot-Preameneu, motiva questo cangiamento. « La » decisione della l. 2 ff. *de duobus reis* è sembrata poco conforme all'equità e troppo fa» vorevole alla mala fede.

1152. Qualunque atto che interrompe la prescrizione relativamente ad uno de' creditori solidali, giova egualmente agli altri creditori (1).

V. gli art. 1159, 2180, 2184.

§ II.

Della solidalità fra i debitori.

1153. L'obbligazione è *solidale* per parte de' debitori, quando essi sono obbligati ad una medesima cosa, in maniera che ciascheduno possa essere astretto per l'intero, e che il pagameto eseguito da un solo liberi gli altri verso il creditore (2).

V. gli art. 1172, 1176, 1402.

1154. L'obbligazione può esser solidale, ancorchè uno de' debitori sia obbligato in modo diverso dall'altro al pagamento della medesima cosa: per esempio, se l'uno è obbligato condizionalmente, mentre l'obbligazione dell'al-

---

» Si deve seguire l'iotenzione presuota delle parti. Ciascun creditore solidale à dritto » di eseguire il contratto. La remissione del debito è altra cosa che l'esecuzione: è fare di » uo contratto interessato un contratto di beneficenza. Ciò è un atto di liberalità persona» lo a colui che fa la remissiono; egli non può essere liberare che di ciò che gli appartie» ne. Se egli è benefaciente verso il debitore, non dov'essere malfaciente verso i costui cre» ditori, che, senza la remissiono intera, avrebbero avuta un'azione contro questo debito» re. Una voloutà non è generosa che quando non è nocevole, ed allorchè à quest'ultimo » carattere, l'equità la respinge: essa ne concepisce do' sospetti di frode.

» So il concreditore dà una quietanza, il contratto gli à dato il dritto di ricevere e coo» segneotemente quello di dar quietanza. Questa è l'esecuzione diretta e naturalo del con» tratto, ed è a questo riguardo solamente che qoesti concreditori ànno seguito la sua fe» de. Spetterebbe ad essi il provare che la quietanza non è che un atto simulato, e che il » concreditore à fatto contro il loro dritto la remissione del debito ». — Locré, t. 6, p. 161, n. 83.

II. Il codice serba silenzio sugli effetti dolla novazione, della transazione, della compensazione, del giudicato, operati o intervenuti tra uno de' creditori solidali e 'l debitore. Duranton, t. XI, n, 176 a 179 crede, che la novazione o la transazione avveonta tra uno dei creditori soltanto o 'l debitore, non può opporsi (tranne il caso di non esser divisibile il credito) agli altri creditori, se non per la parto unicamente di colui che la fece, per una eguaglianza di motivi che la remissiooe non estingue l'intoro debito. In quanto alla compensazione, crede Duraoton che il debitore può opporla per l'intero dobito: il giudicato poi non può tornare a vantaggio del debitore che per la parte del creditore contro cui è ottenuto. Noi crediamo che la stessa compensazione non estinguo l'intero debito, poichè l'art. 1248 considera la compeosazione come una eccezione puramonte persooale.

(1) Per ciò che riguarda gli atti conservatori (v. la nota 2, pag. 284), colui che può ricevere il pagamento intero del debito, può per la medesima ragione fare gli atti propri a conservarlo. Da ciò nasce, che ogni atto che interrompe la prescrizione a riguardo di uno de' concreditori, giova a tutti: così pure disponeva la l. ult. C. *de duobus reis*.

(2) Nel dritto romano, i debitori solidali sono chiamati *correi debendi*, *rei promittendi*, l. 1, ff. *de duobus reis*, perchè l'obbligazione è contratta da più debitori verso lo stesso creditore.

Ma perchè esista solidarietà tra più debitori, non basta che l'obbligazione sia contratta da più debitori verso lo stesso creditore. Si richiede altresì che i debitori si sieno obbligati alla *stessa cosa, nel medesimo tempo e con lo stesso atto*. L'obbligazione deve avere per oggetto la stessa cosa, poichè se più fossero obbligati a delle cose differenti a favore della stessa persona, ciascuno di questi debitori sarebbe separatamente tenuto alla cosa che formava oggetto della sua obbligazione; ma non sarebbero condebitori. Si richiede altresì un *solo atto*, perchè sievi solidarietà, mentre l'obbligazione di più persone con atti separati sarebbero distinte obbligazioni, e quantunque i secondi si obbligassero solidalmente coi primi, questa solidarietà non sarebbe che imperfetta e da considerarsi come una fidejussione; art. 1893, l. 12, ff. *de duobus reis*; Voet, lil. *de duobus reis*, n. 1; Pothier, *obligat.*, n. 263; Toullier, t. 6, n. 723; Duranton, l. XI, n. 189.

In quanto all'effetto della solidalità, che cioè ciascun debitore può essere convenuto per l'intero, vedi la nota 1, pag. 299.

tro è pura e semplice; ovvero se l'uno abbia preso un termine a pagare, che non è accordato all'altro (1).

V. gli art. 1754 a 1867.

1155. La solidalità non si presume, ma debbe essere stipulata (2).

Questa regola non cessa, fuorchè ne' casi ne' quali la solidalità ha luogo *ipso jure* per disposizion della legge (3).

---

(1) Era quest' anche la disposizione delle l. 7 e 9, § 6, ff. *de duobus reis*, così motivata da Pothier, n. 263: «Si dirà forse, egli dice, che ripugna che una sola e medesima obbligazione abbia qualità opposte, essendo pura e semplice riguardo ad uno de' debitori, e condizionale rispetto all'altro. La risposta è, che l'obbligazione solidale è una realmente per rapporto alla cosa che ne forma l'oggetto, il soggetto e la materia; ma essa è composta di altrettanti vincoli, per quante sono varie le persone che l'anno contratta, le quali essendo differenti tra loro, statuiscono altrettanti ligami, i quali possono per conseguente avere qualità differenti. Questo è ciò che intende Papiniano quando dice: *et si maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque persona, propria singulorum consistit obligatio; d. l.* 9, § 2. L'obbligazione è una per rapporto al suo oggetto che forma la cosa dovuta; ma riguardo alle persone che l'anno contratta, si può dire che sussistono tante obbligazioni, quante sono le persone obbligate ».

Osservasi che la solidalità stipulata dalle parti non si estende a' loro eredi, se non quando nella convenzione la parte abbia obbligato anche solidalmente gli eredi: vedi le osservazioni agli art. 1173 e 1174, n. 4.°

(2) La solidarietà può essere stipulata in tutt'i contratti, di qualunque specie essi sieno, l. 9, ff. *de duobus reis*. E siccome si presume che ognuno abbia stipulato per la sua porzione, nel dubbio la solidalità non si presume, perchè nel dubbio s' interpetra la convenzione a favore del debitore, art. 1115. Quindi nelle convenzioni la solidarietà non si presume, ma dev'essere stipulata, dice il primo comma dell'art. in esame, conformemente alla l. 11, § 2, *de duobus reis* ed alla novella 99: Pothier, *obligat*. n. 265.

Similmente, se due o più persone fossero condannate in giudizio ad una medesima cosa non sarebbero obbligate solidalmente, che quando la condanna esprimesse la solidalità; e le leggi romane contengono su di ciò disposizioni formali. *Paulus respondit, eos qui una sententia in unam quantitatem condemnati sunt, pro portione virili ex causa judicati conveniri*, l. 43, ff. *de re judicata*.—*Si non singuli in solidum sed generaliter tu et collega tuus una et certa quantitate condemnati estis, nec additum est, ut quod ab alterutro servari non posset, id alter suppleret: effectus sententiae pro virilibus portionibus discretus est. Ideoque parens pro tua portione sententiae, ob cessationem alterius ex causa judicati conveniri non potes*; l. 1, C. *si plures una sent. condemn*. Domat, lib. 3, tit. 3, sez. 1, n. 2.

Lo stesso dicasi, se la solidarietà risulta dal testamento, poichè il testatore può espressamente dichiarare ch'egli incarica solidalmente i suoi eredi della soddisfazione del legato; l. 8, § 1, ff. *de legat. 1.°*; l. 16, ff. *de legat. 2.°* Pothier, *obligat.*, n. 269; Toullier, t. 6, n. 720; Duranton, t. XI, n. 187.

È notevole inoltre che, anche nelle materie commerciali, la solidalità non si presume, poichè il codice di commercio avendo determinato i casi (vedi la nota seguente) ne' quali è pronunziata la solidalità, negli altri casi si rientra sotto l'impero del dritto comune. Pardessus, *droit commercielle*, t. 1, n. 182.

(3) Giova enumerare i casi ne' quali la solidalità trovasi espressamente stabilita dalla legge:

In materia civile — 1.° La madre tutrice che passa a seconde nozze è solidalmente risponsabile col secondo marito delle conseguenze della tutela: *art. 317 e 318*.

2.° Gli esecutori testamentari sono tenuti in solido a render conto de' mobili loro affidati: *art. 988*.

3.° Sciolta la comunione per la morte di uno de' conjugi, la mancanza d'inventario, nell'esistenza di figli minori, rende risponsabile il conjuge superstite solidalmente al tutore surrogato, di tutte le condanne che possono pronunziarsi a favore de' minori: *art. 1406*.

3.° I diversi inquilini di una casa sono solidalmente tenuti per l'incendio, salva la pruova che possa esonerarli da risponsabilità: *art. 1580*.

4.° Se due persone abbiano unitamente preso in prestito la stessa cosa, ne sono solidalmente tenute verso il comodante: *art. 1759*.

5.° I mandanti sono tenuti solidalmente verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato: *art. 1874*—In conseguenza di questo principio, i contraenti, *per l'art. 132 della legge sul notariato*, sono tenuti solidalmente pel pagamento degli onorari a favore de' notai; e si è deciso che il patrocinatore à l'azione solidale contro i clienti per le somme da lui erogate; ed è lo stesso circa agli arbitri ed a' periti. Duranton, t. XI, n. 203.

1156. Il creditore di una obbligazione solidale può rivolgersi contra quello de'debitori che gli piaccia di scegliere, senza che il debitore possa opporgli il beneficio della divisione (1).

V. gli art. 1135, 1139, 1148, 1319, 1893.

6.° Il giudice di circondario e 'l cancelliere che consegneranno deliberazione del consiglio di famiglia se prima non si assicurino della presa iscrizione su' beni del tutore, sono solidalmente tenuti alla rifazione de'danni interessi: *art. 2031.*

7.° Il rigetto delle opposizioni ad una perizia eseguita pel giudizio di espropriazione può far condannare il patrocinatore solidalmente con l'opponente alle spese: *art. 114 leg. di espropriazione forzata del 29 dicembre 1828.*

8.° Il rigetto del richiamo di proprietà di un immobile messo in espropriazione, fa soggiacere il patrocinatore solidalmente col reclamante al pagamento delle spese: *art. 135 d. leg. di espropriaz.*

9.° Il marito che abbia autorizzato la moglie ad offrire agl'incanti, sarà anch'egli tenuto solidalmente per le obbligazioni dalla medesima contratte: *art. 152 d. leg. di espropriazione.*

10. Il patrocinatore che offrisse agl'incanti per le persone cui la legge vieta di rendersi aggiudicatari, sarà solidalmente alle medesime risponsabile de'danni, interessi e spese: *art. 64 d. leg. di espropriaz.*

11. La soccumbenza nell'azione di ricusa contro i giudici, rende gli avvocati o patrocinatori solidalmente risponsabili con la parte pel pagamento della multa: *decreto del 1.° giugno 1842.*

In materia commerciale — 1.° I socii in nome collettivo indicati nell'atto di società sono tenuti in solido per tutte le obbligazioni della società, sebbene vi sia apposta la firma di un solo socio; purchè ciò sia sotto la ragion sociale: *art. 31 leg. di eccez.*

2.° Il traente e 'l girante di una cambiale e biglietto ad ordine sono garanti solidali dell'accettazione e del pagamento alla scadenza: *art. 117 e 187, leg. di eccez.*

3.° Coloro che ànno garantito il pagamento per avallo, ed in generale tutti coloro che ànno firmato, accettato o girato una lettera di cambio o un biglietto ad ordine, sono obbligati in solido alla garantia verso il possessore: *art. 139, 141, 187 leg. di eccez.*

In materia penale — Per regola generale sancita nell'art. 51 *ll. pp.*, tutti gl'individui condannati in un giudizio penale per lo stesso reato, sia misfatto, o delitto o contravvenzione, sono tenuti solidalmente al pagamento delle spese di giustizia, alle restituzioni ed al ristoro de'danni interessi.

Ma in fatto di delitto o di quasi delitto, la cui riparazione viene domandata in linea civile, possono i giudici civili condannare i convenuti solidalmente a'danni interessi? Duranton, t. XI, n. 192, 193 e 194 riferisce gli arresti *pro* e *contra* profferiti in Francia; ma la negativa è consona alle regole del dritto che non permettono di estendere le sanzioni penali da un caso ad un altro: or se l'art. 1155 vuole che la solidarietà non può esser pronunziata che ne' casi espressamente stabiliti dalla legge, fra questi casi non evvi quello della condanna a'danni-interessi pronunziata, anche per un fatto illecito, da'giudici civili. Questa dottrina insegnata da Toullier, t. XI, n. 151 e da Duranton, t. XI, ibid., è contraddetta da Merlio, quistioni, v. *solidarite* § 2, da Delvinc., l. 3, tit. 5, nota 141.

(1) Era una grave controversia tra gl'interpetri del dritto romano, se Giustiniano con la novella 99, cap. 1, avesse inteso di accordare il beneficio della divisione a'debitori solidali, ossia se ciascuno debitore solidale avesse il dritto di costringere il creditore a dividere la sua azione tra i debitori solvibili. Cujacio (sul tit. del Cod. *de duobus reis* e sulla nov. 99) e Vinnio (Inst. *de fidejuss.* § 4) dettero questa intelligenza alla novella; così che Domat (lib. 3, tit. 3, sez. 1, n. 3) adottando la loro dottrina, riduce la teorica del dritto romano in questi termini: « Quantunque siesi convenuto che l'obbligo sarebbe in solido, » nondimeno si divide, ed il creditore non può indirizzarsi ad un solo per tutti. Prima di » domandare agli uni la porzione degli altri, dee discutere ognuno per la sua porzione; » e potrà poi ricuperare le porzioni di coloro che non avranno potuto pagare, su di quelli » che rimangono; perciocchè l'obbligazione essendo in solido soltanto per la sicurezza del » creditore, contiene la condizione che ognuno si obbliga di pagare per gli altri, soltanto in caso che alcuni mancano di soddisfare per le loro porzioni. Laonde, quando de'debitori alcuni si trovano impotenti, e a causa della loro assenza il creditore non possa essere pagato delle loro porzioni, gli altri ne sono risponsabili, ed ognuno vi soggiace a » ragione della sua porzione. Ma se gli obbligati in solido rinunciano a questo beneficio » che loro viene dato dalla legge, e che chiamasi *il beneficio di divisione*, ciascuno di loro potrà essere astretto a pagare il tutto; poichè ognuno può rinunziare a quello che le » leggi stabiliscono in suo favoro; e potrà poi ripetere dagli altri ».

1157. Le istanze giudiziali fatte contra uno de'debitori non tolgono al creditore il diritto di farne delle simili contra gli altri (1).

V. gli art. 1093, 1135, 1256.

1158. Se la cosa dovuta è perita per colpa, o durante la mora di uno o più debitori solidali, gli altri condebitori non vengono discaricati dall'obbligo di pagarne il prezzo; ma questi non sono tenuti a'danni ed agl'interessi.

V. gli art. 1100 e seg.

Il creditore può ripetere soltanto i danni e gl'interessi tanto da'debitori, per colpa de'quali la cosa è perita, quanto da coloro che erano in mora (2).

Altri scrittori andarono in opposto sentimento, e Pothier (*obligat.* n. 270) ragiona così la sua opinione. «Io noo oredo, egli dice, che i condebitori solideli abbiano tra loro il beneficio di divisiono; cioè che uoo di essi cui il craditore domaede il totale, sia ammessibile a chiedere, offrendo la sua parte, cha il creditore debba rivolgersi contro gli eltri ondo aver anche da questi la parte loro, quando sieno tutti solvibili. Gli atti da'notai portano ordinariamente la cleusola di rinuncia al beneficio di divisioee; ma quando anche questa clausola di rinuncia non vi fosse, io credo obe non avrebbe luogo: la l. 47, ff. *locati*, dice ch'è più giusto di rifiutarlo; *quamquam fortasse sit justius*.—Egli è vero cha la novella l'accorda a'condebitori solidali che si sono resi fidejussori l'uno dell'altro, *alterna fidejussione obligatis;* ma io non vedo che in ciò sia tra noi seguita. Non si accorda al debitor solidale, ch'è escusso pel totale, altro benaficio, che quello di poter ricercare la surrogazione o cessione delle azioni del creditore, contro a'suoi condebitori solidali».

In questa divergenza di opinioni, il codice a sublimato in legge l'opinione di Potbior; così che la clausola di rinuncia al beneficio di divisione (come osservò aeche Bigot-Preameneu nell'esposizione da'motivi, in Locré, t. 6, p. 162, n. 89), ch'è di stile negli atti notariali, è ioutile, perchè suppone un dritto che non esiste.

Devesi impertanto osservare che se il conveouto debitore solidale non può opporre al creditore il beneficio della divisione, à però il dritto di chiedere al tribunale un termine per mettere in causa gli altri debitori solidali, i quali dabbono la loro porzione, giusta l'art. 1166, e della volte l'intero come nel caso dall'art. 1169. Questa chiamata è entorizzata dall'art. 269 p. c., ed è consona anche all'economia de'giudizi, percioccbè con la stessa sentenza il convenuto sarà condannato da una parte a pagare l'intero al creditore, e dall'altra gli si aggiudicano le azioni cootro i condebitori. Duranton, t. xi, n. 215.

(1) È una oonseguanza dell'obbligazione solidale, che sino a che il creditore non è pagato interamente, egli può esercitare le sue azioni contro ogauno degli obbligati; può tralasciare di agire contro que'che à escusso in primo, ed agire contro gli altri; o s'egli vaole, può agire contro tutti nel medesimo tempo; l. 28, C. *de fidejus*. Pothier, *obligat.* n. 271; Toullier, t. 6, n. 728.

Quando il ereditore procede contro uno de'debitori solidali, gli altri possono intervenire in giudizio per far valere i loro mezzi cootro il creditore: Cass. di Parigi, in Dalloz, *rec. pér.*, 1830, 2, 46.—Se i condebitori sono falliti, i dritti del ereditore sono regolati dall'art. 526 *leg. di eccez.* Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 154; Duranton, t. xi, numero 228.

(2) Il dabito di ciascuno de'debitori solidali essendo un solo e medesimo debito, non può sussistere riguardo ad uno, ed essere estieto riguardo agli altri. È perciò cha la perdita della cosa per colpa o mora di un debitore solidale, non libera gli altri dall'obbligo di pagarne il prezzo: *alterius factum alteri quoque nocet*, l. penult. ff. *de duobus reis*. Ma questo principio cba il fatto del debitore pregiudica i suoi condebitori solidali si limita *ad conservandam et perpetuandum obligationem*, ma noo si astende *ad augendam ipsorum obligationem*, ossia alle consegneoze della colpa personale. In conseguenza, in quanto a'danni-interessi risultaoti dalla perdita della cosa per colpa di uno de'debitori, sooo dessi dovuti da colui soltanto ch'è l'autore dalla colpa. Per la stessa ragiona coloi soltanto ch'è stato costitnito in mora (vedi la pag. 249), dev'esser tenuto a'danni-interessi dovuti par la mora, ed in questo senso appunto la l. 32, § penult. ff. *de usuris*, dice: *si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.* Pothier, *obligat.*, n. 173; Toullier, t. 6, n. 731.

Se si fosse stipulato che la perdita della cosa per colpa di un solo de'debitori randesse anche gli altri risponsabili de'danni interessi, la convenzione dovrebbe rispettarsi. Pothier e Toullier, ibid; Doraoton, t. xi, n. 219.

Quando la cosa non è perita per colpa di uno de'debitori solideli, ma del suo erede, la obbligazione sossiste a riguardo degli altri debitori solidali, soltanto per la parte proporzionata alla porzione ereditaria dell'erede in colpa; ed i coeredi dall'erede in colpa a nulla sono tenuti, poichè essi non garantiscono i fatti del loro coerede, e la solidarietà non à

1159. Le domande giudiziali contra uno de'debitori solidali interrompono la prescrizione per tutti (1).

V. gli art. 1152, 1195, 1255.

1160. La domanda degl'interessi proposta contra uno de'debitori solidali fa correre gl'interessi per tutti (2).

V. l'art. 1107.

1161. Il condebitore solidale convenuto dal creditore può opporre tutte le eccezioni che risultano dalla natura della obbligazione, tutte quelle che sono a lui personali, e quelle pure che son comuni a tutti gli altri condebitori.

V. gli art. 1235, 1239, 1248, 1319, 1908.

Non può opporre le eccezioni che sono puramente personali ad alcuno degli altri condebitori (3).

1162. Quando uno de'debitori divenga erede unico del creditore, o quando il creditore divenga l'unico erede di uno de'debitori, la confusione non estingue il credito solidale se non per la quota e porzione del debitore o del creditore (4).

V. l'art. 1255.

1163. Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno

---

impedito la divisione tra gli eredi. Pothier, *obligat.*, n. 306 e 307; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 156; Duranton, t. xi, n. 218.

(1) Similmente la ricognizione del debito fatta da uno de'debitori solidali vale per ricognizione in faccia agli altri; l. ult. C. *de duobus reis*, art. 2155. Toullier, t. 6, n. 728 e 729; Duranton, t. xi, n. 216.

(2) Avendo la interruziane della prescrizione effetto per tutti i debitori con la domanda giudiziale contro uno di essi, siccome stabilisce l' art. 1159, per la stessa ragione la domanda degl' interessi fatta contro ad un debitor solidale, fa decorrere gl'interessi anche a riguardo di tutti gli altri. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 158; Toullier, t. 6, n. 729.

(3) Si sono sempre distinte in giurisprudenza le eccezioni *reali*, e le *personali* (p. 172). Le prime sono quelle che ànno rapporto alla cosa o al fatto della convenzione. Le seconde sono quelle che sono date per mero riguardo alle persone in favore delle quali sono ammesse.

Or il condebitore solidale convenuto per l'intero dal creditore può opporre le eccezioni *reali*, ossia quelle intese a respingere la domanda per la estinzione dell'obbligazione, o per vizio radicale della obbligazione medesima. Ma delle eccezioni personali agli altri condebitori non può avvalersi il convenuto, poichè per effetto della solidalità egli è obbligato all'intero credito. Così, se fra gli obbligati solidali, sonovi de'minori, degl'interdetti, delle donne maritate non autorizzate, il convenuto che era maggiore all'epoca del contratto ed à validamente contrattato, non può avvalersi dell'eccezioni della minor età, interdizione, e mancanza di autorizzaziona che sono personali a' minori, agl' interdetti, alle donne maritate. Queste eran anche le disposizioni del dritto romano. *In his qui ejusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel qui ejusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur: et IN REM pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse, ejus, qui paciscebatur, interfuit. Itaque debitoris conventio fidejussoribus proficiet*; l. 21, § ult., ff. *de pactis*. — *Personale pactum ad alium non pertenere*, l. 25, § 1 *eod.*

In quanto alle eccezioni della compensazione, della remissione del debito, vedi gli art. 1239 e 1248.

Conviene per altro osservare che nelle obbligazioni indivisibili, l'eccezione personale di uno de'condebitori giova agli altri. Così, p. e., se un maggiore ed un minore ànno promesso solidalmente una servitù sul fondo, ed il minore si fa restituire in intero contro la sua obbligazione, questa restituzione giova al maggiore, poichè nelle materie indivisibili il minore rileva il maggiore: *minor relevat majorem in individuis*. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 165; Troplong *prescript.*, n. 739. Vedi nel t. 1, nota 2, pagina 240.

(4) Allorchè uno de'debitori solidali è divenuto l'unico erede del creditore, il debito non è estinto contro agli altri debitori; poichè la confusione *magis personam debitoris eximit ab obligatione, quam extinguit obligationem*. Ma questo debitore divenuto erede del creditore, non può esigere il debito dagli altri, se non che fatta deduzione della parte cui era tenuto in faccia ad essi, e se ve ne à qualcuno insolvibile, dee inoltre portar la sua parte nella porzione dell'insolvibile, art. 1167. È lo stesso nel caso contrario, quando cioè il creditore è divenuto l'unico erede di uno de'debitori solidali, Pothier, *obligat.*, n. 276.

Vedi inoltre le osservazioni all'art. 1255.

V. l'art. 1597.

de'condebitori, conserva l'azione solidale contra gli altri, dedotta però la porzione del debitore che egli ha liberato dal solido (1).

V. l'art. 1168.

1164. Il creditore che riceve divisa la parte di uno de'debitori senza riservarsi nella quietanza l'azion solidale, o i suoi diritti in generale, non rinunzia alla solidalità se non per riguardo a tal debitore.

V. gli art. 1303 e 1306.

Non si presume che il creditore abbia liberato il debitore dalla solidalità, col ricever da lui una somma eguale alla porzione che dee, se la quietanza non dichiari che la riceve *per la sua quota.*

Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta contro uno de'condebitori *per la sua quota*, se questi non vi abbia aderito, o se non vi sia stata una sentenza di condanna (2).

---

(1) Gli antichi giureconsulti elevarono varie quistioni sugli effetti della rinuncia espressa o tacita alla solidarietà. Questo articolo e i due seguenti, seguendo le tracce di Pothier, ànno troncato le quistioni insorte.

Il dritto di solidarietà essendo introdotto in favore del creditore, egli può certamente rinunciarvi; l. 29, C. *de pactis.* La rinuncia può essere espressa o tacita.

Quando la rinuncia è espressa, val dire il creditore *acconsente* alla divisione del debito a favore di uno de'debitori solidali, l'art. in esame decide che questa rinuncia a favore di uno non si estende agli altri, contro i quali il creditore può agire nel solido, *dedotta però la porzione del debitore ch'egli à liberato dal solido.*

(2) Questo articolo e'l seguente ànno per oggetto di diffinire in quali casi si reputa di avere il creditore rinunciato tacitamente alla solidarietà. Or bisogna considerare questo punto tra il creditore e'l condebitore che fa un pagamento parziale, e'l creditore e gli altri condebitori solidali.

I. *Esame della rinuncia alla solidarità tra il creditore e il debitore* — In due modi si presume che il creditore che à ammesso uno de'debitori a pagare parte del debito, abbia rinunciato alla solidalità.

1.° Il primo caso è, se il creditore riceve dal debitore una somma eguale a quella che costui dee, si presume che lo à liberato dalla solidarietà, se nella quietanza il creditore dichiara di riceverla *per la sua quota*: così dice il 2.° comma dell'articolo. Dichiarando il creditore nella quietanza che à ricevuto la somma del debitore *per la sua quota*, egli lo riconosce debitore di una parte del debito; e per conseguente acconsente ch'egli non sia più debitore solidale, essendo due cose opposte, l'esser debitore di *una parte*, e l'esser debitore solidale. — Ma se la quietanza, ancorchè la somma pagata corrispondesse precisamente a quella cui il debitore è tenuto per la sua parte del debito, non esprimesse che il creditore à ricevuto la somma dal debitore *per la sua quota*, cesserebbe la presunzione della rinuncia alla solidarietà, poichè manca l'elemento d'onde desumere tal rinunzia. Pothier, *obligat.*, n. 277.

La presunzione della rinuncia alla solidarità ammessa nel caso che la quietanza esprimesse di essersi ricevuto il pagamento *per la parte* del debitore, cessa pure quando nella quietanza medesima, è espressa la riserva della solidarietà. Imperciocchè le parole formali colle quali il creditore si riserva il suo dritto di solidarietà, la vincono sulla conseguenza che si vorrebbe trarre dalle parole, *per la sua quota*, impiegate nella quietanza, onde indurre la solidarietà. E d'altronde queste parole, *per la sua parte*, si conciliano colla riserva di solidarietà, poichè in questo caso il creditore riservandosi il suo dritto di solidalità, à inteso con le parole, *per la sua quota*, non una parte per la quale fosse tenuto questo debitore in faccia a loi creditore, ma la parte per la quale questo debitore è effettivamente tenuto al debito in faccia de'suoi condebitori: la qual parte à bensì voluto il creditore ricevere dal debitore in questo momento, ma salvo però l'esiger da lui il dippiù in virtù del dritto di solidalità che à contro di esso, e che si à riservato. Pothier, *obligat.*, n. 277; Toullier, t. 6, n. 742.

2.° L'altra quistione agitata anticamente era quella, se un creditore intimando uno de'debitori solidali di pagare la tal somma *per la sua quota* del debito, si reputava da ciò solo di aver diviso il debito, e liberato il debitore dalla solidarietà. Baldo si pronunziò per l'affermativa, e Bartolo per la negativa; e Pothier, *obligat.*, n.277 adottando il sentimento di Baldo, ragiona così la sua opinione. « La l. 8, § 1, ff. *de legat. 1.*° decide formalmente, che un debitore solidale non è liberato dalla solidalità per la domanda che gli à fatta il creditore di pagare *la sua parte*; poichè decide che, non ostante la domanda, il creditore non è escluso dal chiedere il dippiù all'uno o all'altro de'debitori, e per conseguen-

1165. Il creditore che riceve divisa e senza riserva da uno de'condebitori la porzione degli arretrati o degl'interessi, non perde l'azion solidale se non

---

za anche a colui cui avea da principio domandata la sua parte: *quid, si ab altero partem petierit? Liberum erit ab alterutro reliquum petere*. La ragione si è, che i debiti essendo contratti col concorso della volontà del creditore e del debitore, non se ne può far la remissione che per un consenso contrario di ambidue le parti stesse. Da ciò ne segue, che supponendo che la domanda fatta ad uno de' debitori solidali di pagare la sua parte, rinchiudesse una volontà del creditore di rimettergli la solidalità, sintantochè la volontà del debitore non sia concorsa con quella del creditore, sintantochè il debitore non abbia aderito a questa domanda ed abbia offerto in conseguenza di pagar la sua parte, questa domanda non può fargli acquistar alcun dritto, nè liberarlo dalla solidalità: nè per conseguenza impedire al creditore d' aumentare la sua domanda contro di lui, o di chiedergli il totale del debito; in ciò differisce questo caso da quello della legge *si creditores* 18 C. *de pactis*, in cui la volontà del debitore, il quale paga la sua parte del debito al creditore che di ciò si contenta, concorre con quella del creditore per la remissione del dippiù. »

« Quando il debitore, continua Pothier, escusso pel pagamento della sua parte, prima che il creditore aumenti le sue conclusioni contro di lui, la paghi o anche solamente offra di pagarla, mi sembra che vi sia allora un'intera parità di ragione per decidere, come nel caso della legge, *si creditores*, per la liberazione della solidalità. Per lo che io penso, che queste ultime parole della l. 8, § 1, ff. *de leg. 1.°*, *idemque erit et si alter partem solvisset*, le quali formano un versetto separato in questo paragrafo, debbano esser ristrette al caso d'un pagamento volontario fatto senza che la quietanza esprima che il creditore l'abbia ricevuto per la *sua parte*, o che esse non debbano riferirsi al caso di un pagamento fatto in conseguenza di una domanda giudiziale fatta contro al debitore, onde costringerlo al pagamento della *sua parte* ».

« Egualmente quando, conchiude Pothier, dietro alla domanda del creditore contro uno de'debitori solidali, per costringerlo al pagamento della *sua parte*, è intervenuta una sentenza che lo condanna a pagarla, il creditore non può più dimandargli il dippiù: la sentenza di condanna supplisce in questo caso alla volontà del creditore per l'accettazione della remissione del dippiù; *cum in judiciis quasi contrahamus quantam novationem inducat*. Questa è l'opinione di Bacquet, *ibid.*, n. 247 ».

Queste osservazioni di Pothier àn servito di base alla disposizione del terzo comma dell' art. in esame.

II. *Esame della controversia, se la remissione della solidarietà a favore di uno de' debitori, libera anche dalla solidarietà gli altri condebitori.*—Gli antichi dottori si divisero anche in questa quistione, e Pothier, *obligat.*, n. 278, la discute così: « Gli antichi ritenevano l'affermativa, e si fondarono sulla l. *si creditores*, qui sopra citata. Pietro Létoille, detto Stelle, celebre professore dell'Università di Orleans, è stato il primo, come riporta Alciato *ad d. leg.*, che abbia sostenuto la negativa. Il suo sentimento sembra di essere il migliore ed il più conforme a' principî del dritto; e la l. *si creditores*, bene intesa, non gli è contraria. Questa legge è fondata su una convenzione che si presume intervenuta tacitamente per la liberazione dalla solidarietà, tra il creditore e quello fra i debitori cui la quietanza fu rilasciata. Or è un costantissimo principio di dritto, che le convenzioni possono fare acquistare de' dritti a quelle parti soltanto fra le quali intervengono. Dal che ne segue, che questa tacita convensione à potuto procurare la liberazione della solidalità a quel debitore soltanto cui il creditore à rilasciata la quietansa, e che è il solo con cui esso abbia trattato, e non à potuto procurarla agli altri debitori co' quali il creditore non à avuto a questo proposito convensione alcuna. La bontà che à avuta il creditore per uno de' suoi debitori, ammettendolo a pagare il debito per la sua parte soltanto, non dev'essergli pregiudizievole in faccia agli altri: *bonitas creditoris*, dice Alciato, *ad d. leg.*, *non debet esse ei captiosa*. La legge *si creditores*, sulla quale si fondano gli antichi dottori, non à alcun rapporto con questa quistione; sembra anzi che nel caso di questa legge vi fossero soltanto due debitori solidali; se in fatti ve ne fossero stati di più, l'imperatore avrebbe detto, *Rector providebit ne unus pro coeteris exigatur*. Queste parole c'indicano due debitori soltanto, e s'intendono in questo senso, *ne alter qui solvit, pro altero qui nondum solvit, exigatur* ».

« Una tal decisione, continua Pothier, dev'esser seguita con questa moderazione però, che se tra i debitori che restano ve ne fosse alcuno insolvibile, essi dovrebbero essere liberati da quella parte che avrebbe portata per questa insolvibilità colui ch' è stato liberato dalla solidarietà (*vedi l'art. 1168*), poichè se una tale liberazione non dev'essere loro di profitto, non dee nemmeno pregiudicarli. Bisogna nulladimeno confessare che Bacquet, *ibid.*, n. 245, dopo di aver detto che l'opinione di Létoille gli sembrava la più equa,

per gli arretrati o interessi scaduti, non già per quelli che dovranno maturare, nè per lo capitale; eccetto se il pagamento così diviso siasi continuato per dieci anni di seguito (1).

V. gli art. 795 e 1905.

1166. L'obbligazione contratta solidalmente verso il creditore si divide *ipso jure* fra i debitori, ciascun de' quali non è tenuto verso gli altri se non per la propria porzione (2).

1167. Il condebitore di un debito solidale, che lo ha pagato per intero,

---

confessa che l'opinione contraria, ossia quella degli antichi dottori, è seguita al Castellatto di Parigi; ma io credo esser questo un errore che bisogna riformare, se non lo è di già stato ».

« Quando il creditore, conchiude Pothier, à fatto condannare uno de' debitori solidali a pagar la *sua parte* del debito, si dee decidere secondo gli stessi principi, che questa sentenza non dee liberare gli altri debitori dalla solidalità, *cum res judicata aliis non prosit*; e ch' essi possano solamente domandare nel caso in cui tra essi ve ne fosse uno insolvibile, che il creditore facesse deduzione della parte, che avrebbe dovuto sopportare per questa insolvibilità colui ch' egli à liberato ».

Queste osservazioni di Pothier sono la ragion motiva del 1.° comma dell'art. in esame, e dell' art. 1168. Toullier, t. 6, n. 739.

(1) Un'altra quistione controvertita anticamente, era quella, se la quietanza che il creditore abbia rilasciata ad uno de'debitori solidali di una tal somma *per la sua parte* degli arretrati scaduti di una rendita o degl'interessi di un capitale, lo liberava dalla solidarietà per l' avvenire, o solamente in quanto agli arretrati o interessi scaduti. Il codice con l'articolo in esame, adottando la opinione di Pothier, *obl.*, n. 279, decide che la quietanza non libera dalla solidarietà che per gli arretrati o interessi scaduti, e pe' quali la quietanza è stata rilasciata, non per l' avvenire. Questa decisione è fondata sul principio, che *nemo facile praesumitur donare*. Or, dall' aver il creditore voluto permettere al debitore, di pagare *per la sua parte* gli arretrati scaduti, e pe'quali gli à rilasciata la quietanza *per la sua parte*, ne segue soltanto che il creditore abbia voluto liberarlo dalla solidalità per i suddetti arretrati; ma non ne segue per nulla, che abbia voluto liberarlo dalla solidalità della rendita o degl' interessi per l' avvenire, nè dalla solidalità nel momento della restituzione del capitale.

Nulladimeno Pothier, *ibid.* insegnava, che se il debitore fosse stato pel tempo richiesto per la prescrizione, cioè per trent' anni, ammesso a pagare gli arretrati *per la sua parte*, egli avrebbe acquistato colla prescrizione la liberazione dalla solidalità della rendita anche pel tempo avvenire, ma non già la liberazione della solidarietà per la redenzione della rendita. Ma l' artic. in esame si è per questa parte allontanato dalla dottrina di Pothier, poichè col pagamento diviso degli arretrati per soli dieci anni ammette la presunzione della liberazione dalla solidarietà, non solo per gl'interessi maturandi, ma anche pel capitale; e sembra questa disposizione più conseguente dell' opinione di Pothier e degli autori da lui citati. Non è affatto concepibile che possa continuare a sussistere la solidalità pel capitale, mentre non esiste più la solidalità per le annualità o per gl' interessi.

Fa d' uopo osservare, che per effettuarsi l'estinzione della solidalità, l'art. 1165 esige che il pagamento sia diviso per dieci anni *di seguito*, ciò che deve intendersi, secondo Toullier, t. 6, n. 745, che gli uni sieno succeduti immediatamente agli altri; e bisogna in conseguenza provare regolarmente la divisione del pagamento con dieci quietanze di dieci anni di seguito. Se più anni fossero stati cumulati, in modo che, per esempio, i dieci anni fossero stati pagati in due o tre epoche diverse, ed il debitore non presentasse che due o tre quietanze delle dieci annate, non vi sarebbe, secondo Toullier, luogo alla disposizione del codice. Duranton, t. XI, n. 236.

È in fine osservabile su questo art., che la perdita della solidalità à luogo, come nel caso dell' art. 1164, riguardo al debitore che à pagato divisamente gli arretrati o interessi del debito, ma è conservata riguardo agli altri debitori che o non pagarono, o pagarono con riserva per parte del creditore, di conservare la solidalità. Dur. t. XI, n. 236.

(2) Il principio ritenuto da questo art., che tra i condebitori solidali dividendosi l'obbligazione, colui che à pagato il creditore non può agire nel solido contro i condebitori, ma per la rispettiva porzione di ciascuno, era molto controvertito sotto l' impero dell' antica giurisprudenza. Ad oggetto di evitare il circuito delle azioni, la legge à voluto preferire il sistema della divisione del debito tra i debitori, senza potere colui che à pagato interamente il creditore, agire nel solido, ed ancorchè deducesse la sua porzione contro i condebitori. Vedi la nota 1, p. 299 e 300.

non può ripetere dagli altri se non la quota e porzione di ciascuno.

Se un di costoro non si trovi solvente, la perdita che ne deriva, si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi e sopra quello che ha fatto il pagamento (1).

V. gli art. 795 e 1804.

1168. Nel caso che il creditore abbia rinunziato all'azione solidale verso uno de' debitori; se uno o più degli altri divenissero non solventi, la porzione di costoro sarà per contributo ripartita tra tutti i debitori, anche fra quelli che dal creditore sono stati precedentemente liberati dalla solidalità (2).

V. l'art. 796.

1169. Se l'affare per cui fu contratto il debito solidale, non riguardava che uno degli obbligati in solido, questi sarà tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali non saranno considerati altrimenti verso di lui, che come suoi fidejussori (3).

V. gli art. 1502, 1893, 1905.

---

(1) Come una conseguenza del principio stabilito nell'art. precedente, che il debito solidale si divida tra i condebitori, l'art. in esame prescrive, che il debitore che à pagato per l'intero il creditore, non può rivolgersi contro i condebitori che per la rispettiva porzione; e che quando tra i condebitori si trova uno insolvibile, o da cui quegli che à pagato il creditore non può ricevere la parte del debito alla quale è tenuto, la parte del insolvibile deve sopportarsi per la rispettiva porzione, e da chi à pagato il creditore e dai condebitori solvibili, compresi quelli, come spiega l'art. seguente, che il creditore avesse liberati dalla solidarietà. Pothier, *obligat.*, n. 281 e 282.

Quando il debito solidale procede da un delitto, ossia quando più persone sono state condannate solidalmente al pagamento di una certa somma per riparazione civile di un delitto che àn commesso, il debitore che à pagato non dovrebbe avere, secondo gli scrupolosi principi del dritto romano, alcun ricorso contro i suoi condebitori; l. 1, § 14, ff. *tut. et rat.*; l. 35, § 2, ff. *de contr. empt.*; l. 6, § 3, ff. *mand.* Ma secondo molti giureconsulti e Pothier (*obl.*, n. 282 in fine); deve per equità dividersi il debito, e l'azione che si accorda al debitore che à pagato l'intero non nasce dal delitto, poichè *nemo ex delicto potest consequi actionem*, ma è fondata sull'equità per aver pagato un debito comune. Delvincourt, l. 3, tit. 5, nota 151.

Stante la divisione del debito tra i condebitori solidali, il debitore che à pagato il creditore è surrogato legalmente nelle costui ragioni per l'azione contro i condebitori, art. 1204. Ma l'eccezione *cedendarum actionum* che l'art. 1909 accorda al fidejussore ch'è liberato, quando non può avere la surrogazione nelle ragioni del creditore *per fatto dello stesso creditore*, può essere egualmente opposta dal debitore solidale? Bisogna distinguere. Se il debitore solidale è convenuto per l'intero debito dal creditore che si è messo nella impotenza di cedergli le sue azioni contro i condebitori, sino alla concorrenza delle porzioni de' condebitori contro i quali non si può esercitare il regresso, milita l'eccezione *cedendarum actionum*. La ragione si è, che quando più persone contraggono insieme una obbligazione solidale, esse non si obbligano ciascuna *per l'intero*, che nella fiducia del regresso che avranno contro gli altri; o in altri termini, il debitor solidale non è, oltre la sua quota, che il mallevadore del suo condebitore, ed in conseguenza l'art. 1909 è in tal caso applicabile al debitor solidale, di pari che al fidejussore propriamente detto. Ma non può dirsi lo stesso quando il debitor solidale non è convenuto dal creditore che per la sua parte; percioechè in tal caso il debitore essendo convenuto in ragione della parte ch'ebbe nella causa del debito, per la quale non à alcun regresso contro i condebitori, non à che rimproverare al creditore. Pothier, *obligat.*, n. 557; Merlin, quistioni, v. *solidarieté*, § 5; arresto della Cass. di Parigi del 13 febbrajo 1816, in Merlin, *ibid.*

(2) Abbiamo accennato nella nota 2, pág. 302 e seg., e nella nota precedente, che per effetto della divisione del debito tra i condebitori solidali, la porzione de' condebitori insolvibili dev'esser ripartita anche su' debitori che il creditore avesse liberati dalla solidalità. Per esempio: se io avea sei debitori solidali, de' quali avendone liberato uno, ne sono rimasti cinque, ma uno di questi è insolvibile; io non posso agire contro ciascuno de' solvibili pel totale, che fatta deduzione del sesto al quale era tenuto colui che ho liberato, e della parte cui questi sarebbe tenuto nella porzione dell'insolvibile. Pothier, *obligat.*, n. 275 e 281; Toullier, t. 6, n. 739.

(3) Se per l'art. 1166 ogni condebitore solidale è tenuto, in faccia a colui che à pagato il creditore, in proporzione della rispettiva quota, ne consegue che quando l'affare per cui il debito è stato contratto da più individui solidalmente concerne soltanto uno di essi,

SEZIONE V.

Delle obbligazioni divisibili e delle indivisibili (1).

V. gli art. 1173, 1175, 1518, 1533, 2155,

1170. L'obbligazione è *divisibile* o *indivisibile*, secondochè la cosa che si dee consegnare, o il fatto che si dee prestare, sia o no capace di divisione materiale o intellettuale (2).

---

sebbene sieno tutti debitori principali in faccia del creditore, nulladimeno tra essi il solo debitor principale è quello cui concerne l'affare, e gli altri sono come suoi fidejussori. Se per esempio, Pietro, Giacomo o Giovanni prendono a mutuo da Cajo una somma, obbligandosi solidalmente alla restituzione, e Pietro ritiene tutta la somma, egli è il solo debitor principale in faccia de' suoi condebitori. Se dunque egli stesso à pagato il debito, non à ricorso alcuno contro gli altri che si sono obbligati soltanto per fargli un piacere; ma se Giacomo è quegli che à pagato il creditore, egli à l'aziono *mandati* contro Pietro per ripetere da lui il totale, nello stesso modo come un fidejussore à l'aziono *mandati* contro il debitor principale, quando à pagato il debito per lui.

(1) Il trattato delle obbligazioni divisibili ed indivisibili è stato presso gli antichi giureconsulti uno de' più difficili della legislazione civile, attesa la impossibilità di conciliare diverse leggi romane, non che il cattivo metodo nella esposizione de' principî regolatori della materia. Per quanto scrittori di grave autorità avessero tentato di portar luce in questa materia per sè stessa astrusa, crebbero le tenebre per le svariate o poco fondate dottrine, a segno tale che si cadde in un vero laberinto. Molineo, l'oracolo della giurisprudenza francese, fu il primo che con la sua opera intitolata, *Extricatio labyrinti dividui et individui*, presentato avesse principî solidi sulla teorica delle obbligazioni divisibili ed indivisibili, quantunque vi avesse accoppiato scolastiche sottigliezze. Venne Pothier, il quale profittando de' lumi sparsi da Molineo, volle stabilire un sistema che meglio corrispondesse alla semplicità della legislazione, ed alla facile intelligenza de' giureconsulti; ma per quanto fu dotta la fatica dell'autore, molte delle sue dottrine sulle obbligazioni indivisibili contengono cose inintelligibili, astratte o forse contraddittorie. Ciò nonpertanto i compilatori del codice civile non si fidarono di migliorare le dottrine di Pothier, e le seguirono in tutto, anche nel metodo. Il processo verbale del Consiglio di Stato non offre alcuna discussione su' nove articoli che compongono questa sezione, ed i discorsi degli oratori non sono che una parafrasi degli articoli medesimi. In conseguenza invano potrebbe sperarsi di penetrare nella intelligenza degli articoli di questa sezione, senza ricorrere all'opera di Pothier, che n'è il fonte; e gli scrittori moderni ànno riconosciuto questa verità. Noi quindi nel comento a' citati articoli seguiremo l'autorità di Pothier, le cui dottrine spandono luce in tale difficile materia.

(2) I. Una obbligazione divisibile è quella che può esser divisa. Una obbligazione non è meno divisibile, benchè sia attualmente indivisa; poichè per esser divisibile una obbligazione basta ch'essa possa dividersi. Quando io, p. e., ho contratto l'obbligazione di pagarvi cento, l'obbligazione è indivisa, perchè tra creditore e debitore l'obbligazione è indivisibile, art. 1178 e 1197; ma questa obbligazione è divisibile, e si divide tanto attivamente che passivamente con la morte del creditore o del debitore che lasciano più eredi; l. 1, C. *si cert. pet.*, e tit. *de haered. actionibus*. Similmente una obbligazione solidale (come meglio sarà sviluppato nella nota 2, pag. 307) è divisibile, poichè quantunque non possa esser divisa tra i debitori solidali, si dividerà tra gli eredi di uno o di tutt'i debitori. Pothier, *obligat.*, n. 288.

Da ciò consegue, che lo scopo e l'utilità della dottrina della divisibilità o indivisibilità di una obbligazione consiste nel sapere se un debito possa pagarsi partitamente. E siccome quando uno è il debitore ed uno è il creditore, l'obbligazione è sempre indivisibile, art. 1173, così l'importanza di conoscere se una obbligazione possa o pur no dividersi si verifica quando sono più debitori o più creditori, o quando essendo un solo, l'adempimento è chiesto dagli eredi. Dumoulin, *de dividuo et individuo*, p. 2, n. 6 e 7; Toullier, t. 6, n. 750 e 751.

II. Premesse queste nozioni, passiamo a vedere quali sono le obbligazioni divisibili e quali le indivisibili. Su di ciò l'art. 1170 stabilisce in principio, che l'obbligazione è divisibile quando la cosa dovuta che ne forma l'oggetto è suscettibile di divisioni e di parti, nelle quali parti possa esser data o pagata; al contrario è *indivisibile* e non può dividersi, quando la cosa dovuta non è suscettibile di divisioni e di parti, e non può esser pagata che

1171. L'obbligazione è indivisibile, quantunque la cosa o il fatto che ne forma l'oggetto, sia di sua natura divisibile, se il rapporto, sotto cui è considerato nella obbligazione, non la rende capace di esecuzione parziale (1).

V. gli art. 793, 1953, 1960.

1172. La solidalità stipulata non imprime alla obbligazione il carattere d'indivisibilità (2).

V. gli art. 1153, 1155, 1175.

---

pel totale. E la divisione di cui qui è disamina non è la divisione fisica, la quale consiste in *solutione continuitatis*, ma è una divisione civile e propria del commercio delle cose. Si riconoscono in dritto due specie di divisioni civili; l'una che si fa in parti reali e divise, l'altra che si fa in parti intellettuali ed indivise. Quando si divide un jugero di terreno in due, si fa una divisione della prima specie, perciocchè le parti di questo jugero, che sono separate l'una dall'altra dal limite, sono parti reali e divise. Quando poi un uomo che era proprietario di questo jugéro di terra, o di qualche altra cosa, muore e lascia due eredi i quali rimangono proprietari ciascuno per una metà indivisa, fa una divisione della seconda specie, perciocchè le parti risultanti da questa divisione ed appartenenti a ciascuno degli eredi, sono parti indivise che non sono reali, e che non sussistono che *in jure et intellectu*. Or le cose che non sono suscettive della divisione reale non lasciano di esserlo della intellettuale. Un cavallo, p.e., non è suscettibile della divisione reale, poichè non potrebbe eseguirsi la divisione senza la distruzione della sostanza; ma è suscettibile della divisione intellettuale, poichè può appartenere a più persone per una parte indivisa. Or basta che una cosa sia suscettibile di divisione *intellettuale*, perchè l'obbligazione di dare questa cosa sia divisibile; siccome risulta dalla l. 9, § 1, ff. *de solut.*, secondo la quale, l'obbligazione di dare lo schiavo Stico è divisibile, perchè può, almeno col consenso del creditore, soddisfarsi per parti, sebbene questo schiavo non sia suscettibile di divisione reale. Pothier, *obligat.*, n. 289.

Si rileva dal fin qui detto, che l'obbligazione indivisibile è quella che non è suscettibile nè di parti reali, nè di parti intellettuali, e si danno per esempio di queste specie di obbligazioni la maggior parte de' dritti di servitù: Pothier, *ibid.*

Ciò per lo sviluppamento della definizione delle obbligazioni divisibili ed indivisibili. Per compimento della materia, vedi le osservazioni agli otto articoli seguenti.

(1) Dumoulin e sulle sue tracce Pothier distinsero tre specie d'indivisibilità; 1.° quella ch'è assoluta e che si chiama *individuum contractu;* 2.° quella che si chiama indivisibilità d'obbligazione, *individuum obligatione;* 3.° quella che si chiama indivisibilità di pagamento, *individuum solutione*.

L'indivisibilità assoluta, *individuum contractu*, è quando una cosa non è per sè stessa suscettibile di parti, in modo tale che non potrebb'essere nè stipulata, nè promessa in parte: tali sono i dritti di servitù di passaggio.—L'indivisibilità di obbligazione, *individuum obligatione*, è quella di una cosa che, considerata sotto il rapporto in cui forma l'oggetto dell'obbligazione, non è suscettibile di parti e di divisioni: tale sarebbe l'obbligazione di costruire una casa, una barca.—L'indivisibilità di pagamento, *individuum solutione tantum*, è quella che concerne il solo pagamento dell'obbligazione e non l'obbligazione stessa, ed à luogo quando la cosa dovuta è per se stessa divisibile e suscettibile di parti, o può esser dovuta per parti, e a' diversi eredi del creditore, e da' diversi eredi del debitore, ma non può esser pagata per parti. Tali sarebbero gli esempî dell'art. 1174. Pothier, *obligat.* n. 292 a 296.

Su questa classificazione delle obbligazioni indivisibili, il signor Toullier, t. 6, n. 782 e 798 à fatto una severa censura della dottrina della indivisibilità *assoluta e di quella di obbligazione* perfettamente inutile, secondo lui, nella pratica. Egli con molto acume à osservato che non vi sono, filosoficamente parlando, obbligazioni indivisibili assolutamente, poichè i medesimi dritti di servitù sono suscettivi di parti intellettuali, così che essendo tutte le obbligazioni divisibili, non bisognava che stabilire delle eccezioni, come si è fatto nell'art. 1174, le quali rendono indivisibili *solutione* le obbligazioni di loro natura divisibili. Egli fa quindi ragionevolmente voti perchè nella revisione del codice sia soppresso l'art. in esame risguardante il principio della indivisibilità assoluta, non che gli art. 1175 a 1178 sugli effetti di questa indivisibilità, anche perchè è questa una dottrina che si rende inutile nella pratica. — È da osservarsi importante, che le ragioni del sig. Toullier potranno valutarsi scientificamente; ma nello stato attuale della legislazione non può farsi a meno di conoscere e di ritenere come legale la teorica delle obbligazioni indivisibili, perciocchè imbevuti delle massime di Pothier, i compilatori del codice civile ne ànno fatto delle disposizioni legislative, massime negli art. 1171, 1175 a 1178, 1185, 2153.

(2) L'obbligazione indivisibile risguardando una cosa o un fatto che non è suscettibile

§ I.

Degli effetti della obbligazione divisibile.

V. gli art. 791, 792, 794, 935, 969, 1197, 1186, 1518, 1531, 1811.

1173. L'obbligazione che è capace di divisione, si debbe eseguire fra il creditore ed il debitore, come se fosse indivisibile. La divisione non è appli-

---

nè di parti reali, nè di parti intellettuali, ne segue che quaedo due o più persone àa contratto un debito di questa specie, sebbeae oon l'abbiaeo solidalmente coatratto, pure ciascuno degli obbligoti è debitore del totale della cosa o del fatto che forma l'oggetto dell' obbligazioae, art. 1175, poichè uno non può esserae debitore di una parte soltanto, quando si suppoao ebe questa cosa o questo fatto aon è suscettibile di parti. In ciò l'iedivisibilità nell'obbligazione si accorda con la solidalità, la qealo obbliga ciascun debitore all'intera cosa o all'intero fatto, art. 1153. Ma la solidarità non imprime alla obbligazioee il carattere d'indivisibilità, o in altri termini, la *solidalità* dell'obbligazioeo differisce dalla *indivisibilità* della medesima ne'seguenti punti:

1.° Nell'indivisibilità dell'obbligasiono, il motivo per cui ciascun dobiloro è debitore del totale veeendo dalla qualità della cose dovuta che uoa è suscettibile di parti, fa si che questa indivisibilità sia una qualità reale dell'obbligaziono, la quale passa coe questa qualità agli eredi, o fa ie modo che ciasceo orede del debitore sia dobitor del totale: *ea quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur;* l. 192, ff. *de reg. jur.* ert. 1174 e 1176.—La solidalità al coatrario eascendo dal fatto dallo persone ehe si sono obbligato ciascuna pel totalo, art. 1153 o 1155, è una qualità personale la quale non impedisce all'obbligazion solidale di dividersi tra gli eredi di ciascun de'debitori solidali che l'àn coatratta, e fra gli eredi del creditore verso cui è stata contratta. Questo è ciò che spiega energicameote Molineo, p. 2, n. 222: *in correis credendi vel debendi qualitas distributiva seu multiplicativa solidi, personalis est, et non transit in herede nec ad heredes, inter quos active pel passive dividitur: sed qualitas solidi in individuis realis est, quia non personis, ut illa correorum, sed obligationi ipsi et rei debitae adhaeret., et transit ad heredes, et in singulorum heredum haeredes singulos in solidum.* Dottrina è questa coefermata da Pothior, *obligat.*, n. 324.

2.° Che procedendo l'obbligosioae solidale dal falto persoeale de'debitori, e l'obbligazione indivisibile dalla qualità della cosa dovula, consegue, che quando l'obbligazioae è solidale, tutti sono teneti solidalmento aon solo all'obbligazione primitiva, ma alla secoadarlo de'daani-iateressi derivanti dall'inadempimeeto dell'obbligasioao primitiva. Non così se l'obbligazione è iadivisibile. Esempio :-Tisio e Cajo si sono solidalmente obbligati a costruirmi ua edifizio fra due anni; eel caso d'inodempimento di questa obbligazione primitiva, l'uno e l'oltro soao anche solidalmente tenuti a'danni-interessi, el pogamento de'quali l'obbligasione primitive si è coevertita. Ma se, nol proposto esempio, due appaltatori si sono obbligati seaza solidarietà o costruirmi l'edifizio, ciascuno degli appaltatori è obbligato, è vero, alla costruzione dell'iatero edifizio, essoado l'obbligasioao indivisibile; ma essendo debitori del totale solamente per la qualità della cosa devuta, se l'obbligazione primitiva vieno a coavertirsi nell'obbligazione secondaria de'danui-interessi che consistono ie una somma di danaro divisibilo, ciascuno è tonuto per la sua parte. Molieeo, p. 3, n. 112; Pothior, *obligat.*, n. 325 e 327; Durantoa, t. XI, n. 266.

3.° Nelle obbligazioei indivisibili, l'orede del dobitore à dritto di chiodoro en lermine per porre in causa i suoi condebitori, onde far dividere, se à luogo, la coedonna, art. 1178; od al contrario il condebitore solidalo eoa à questo dritto di chiedoro la divisiono dol debito, ort. 1156. Duroeton, t. XI, n. 266, e.° 2.

4.° Nelle obbligazioni solidali, la perdita della cose per fatto di uno de'coadebitori, non libera gli altri dalla solidarietà, art. 1158; ma al contrario nella obbligazioui indivisibili coloro de'debitori che aoa soao concorsi col loro fatto allo perdita della cosa dovuta, sono liberati dall'obbligazione, poichè l'iodivisibilità derivando dalla qualità della cosa, ognuno è teeuto pel proprio fatto, e le perdita della cosa, per coloro che noe ci àn parto, si considera avveauta per caso fortuito. Pothier, *obl.*, e. 306; Duranton, t. XI, a. 216, n.° 3.

5.° Finalmente nelle obbligazioni solidali, la proscrizione interrotta per rispetto soltanto ad uao o a più degli eredi di uno do'coedebitori, coaserva la porziono soltanto di questo erede aell'iatero debito, art. 1159 e 2155. Per lo contrario nelle obbligazioni indivisibili, la prescrizione interrotta riguardo eziandio ad un solo degli eredi del debitore o di uno do'debitori, lo è egualmeate riguardo a tutti gli altri eredi, art. 2155, poichè non potrebbe esserlo in parte soltanto ie una cosa che non è capaco di parti, argom. degli art. 630 e 631. Duranton, ibid.

cabile se non per riguardo a'loro eredi, i quali non possono ripetere il debito nè son tenuti a pagarlo se non per la rata delle quote ereditarie, o per quella parte nella quale rappresentano il creditore o il debitore (1).

1174. Il principio stabilito nel precedente articolo è soggetto ad eccezione, riguardo agli eredi del debitore,

1.° quando il debito sia ipotecario (2);

2.° quando si debba un corpo determinato (3);

V. gli art. 794, 935, 1153. V. l'art. 1197.

---

(1) Abbiamo nella nota 2, p. 306, diffinito la natura e l'oggetto dell'obbligazione divisibile. Per regola generale, i dritti e le obbligazioni, indivisibili quando uno è il debitore ed uno è il creditore, si dividono *ipso jure* tra gli eredi del debitore e gli eredi del creditore. Vedi nel t. 1, la nota 3, pag. 337 e seg. — Similmente un debito è in origine divisibile, quando sono più i creditori o i debitori obbligati senza solidarità, l. 11, § 1, ff, *de duobus reis*, l. 5 e 10, C. *si certum pet.* Da ciò nasce che il dritto di accrescere (vedi la nota 2, p. 144 e seg.), non à luogo ne'contratti: Vinnio, sul § 4, Inst. *de inut. stipulat.*; Duareno, tract. *de jure accrescendi*, lib. 1, cap. 15; Cujacio sulla l. 64, ff *de contrahend. empt.*; Proudhon, *de l'usufruit*, n. 578.

Diviso il debito tra gli eredi del debitore, o diviso il credito tra gli eredi del creditore, la riunione delle porzioni, sia degli eredi del creditore, sia degli eredi del debitore, in una sola persona, fa cessare di pagare il debito per parti? Bisogna distinguere il caso della divisione del debito in origine, da quello della divisione avvenuta per la morte del debitore o del creditore.

Nel primo caso, quando cioè il debito fu in origine contratto da due persone senza solidalità, ognuno è tenuto per la sua porzione, e quindi due sono i debiti, perchè due sono i debitori. Dal che consegue, che sebbene uno de'due debitori o de'due creditori sia succeduto all'altro, il dritto di pagarli separatamente sussiste sempre. Pothier, *obligat.*, n. 321; Toullier, t. 6, n. 758; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 185.

Nel secondo caso, val dire quando il debito essendo indivisibile per essere uno il debitore, si è diviso tra i suoi eredi, questa divisione non fa di uno più debiti, ma assegna solamente a ciascun erede, la porzione in quel debito che prima non avea parti. Cessata quindi la moltiplicità degli eredi del debitore o del creditore (sia per essersi succeduti vicendevolmente gli eredi, sia per cessione), cessa pure il debito di aver parti, e trovandosi un solo creditore o un solo debitore, si à dritto di esigere l'intero; a meno che avendo luogo la riunione delle porzioni per successione, questa non siesi accettata col beneficio dell'inventario che impedisce la confusione (v. nel t. 1, nota 1, pag. 303) de'due patrimoni. È questa la dottrina di Molineo, seguita da Pothier, *obligat.*, n. 319 e 320, da Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 185, e da Toullier, t. 6, n. 759. — Per altro Duranton, t. xi, n. 257, quasi esitando impugna questa dottrina, poichè ritiene che la divisione si è tra gli eredi irrevocabilmente operata per la morte del creditore, o del debitore; ma osserva per altro con ragione, che se anche deve convenirsi che per la riunione cessa la divisione, i dritti acquistati da'terzi per effetto della divisione non debbono essere pregiudicati dalla riunione delle porzioni.

(2) Vedi nel t. 1, la nota 1, pag. 342 e seg.

In quanto alla natura dell'ipoteca del legatario, vedi le pag. 112 e 113.

(3) Un corpo determinato, se non può dividersi in parti reali, è però divisibile in parti intellettuali, come abbiam'osservato nella nota 2, pag. 306 e 307. Il debito quindi di un corpo determinato è generalmente divisibile, art. 1170. Ma in quanto alla esecuzione o al pagamento, il debito di un corpo determinato, come di un cavallo, di una barca ec., à gli effetti dell'obbligazione indivisibile rispetto a quell'erede ch'è detentore della cosa. Se dunque il pagamento di un corpo certo è indivisibile, val dire l'erede che ne è il detentore è tenuto per l'intero a consegnare la cosa, bisogna ritenere che questa disposizione suppone il caso che il defunto era già in possesso della cosa che forma oggetto della obbligazione. Imperciocchè se il defunto avesse lasciato di possederla, ed all'obbligazione primitiva fosse succeduta la secondaria de' danni-interessi, il pagamento di questi danni (anche per le ragioni date nella nota 2, p. 307 e 308) è divisibile tra gli eredi in proporzione della rispettiva quota ereditaria. Pothier, *oblig.*, n. 302; Duranton, t. xi, n. 281.

Poichè dunque si suppone che il corpo determinato che forma oggetto dell'obbligazione, per obbligare indivisibilmente l'erede che la detiene, dovea essere presso il defunto, questi poteva esser tenuto a diverse azioni, secondo i diversi casi ne'quali si trovava, cioè: 1.° Poteva esser soggetto ad un'azione di revindicazione, come semplice detentore o possessore di un oggetto mobile o immobile; 2.° Poteva esser detentore di quest'oggetto, a titolo

V. gli art. 1142 e 1147.

3.° quando si tratti di debito alternativo di cose a scelta del creditore, delle quali una sia indivisibile; (1)

4.° quando un solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell'adempimento della obbligazione; (2)

---

di deposito, di effitto, di prestito o di pegno, ed in questi casi era soggetto all'azione personale per la restituzione, nascente dalla specie di contratto cha avea avuto luogo, noo cho all'azione di revindicazione inerento alla proprietà; 3.° Pateva esser semplicemente debitore della cosa, per prumessa, vendita, donazione, legato o altro titolo. Analizziemo questi diversi tre casi:

Primo caso.—Azione di revindicaziona. Se il defunto era soggetto all'azione di revindicazione del corpo determinato, il creditore noo può agire che contro gli eredi o legatari del cui patrimonio questo corpo certo fa parte. La ragione si è, che il defunto non era obbligeto personalmente, *vindicatio rei non personam obligat, sed rem sequitur*, l. 2, C. *si unus ex plurib. hered.*; e per conseguente i suoi eredi, del patrimonio de' quali non fa parte il corpo certo e cho per conseguente non l'ànno mai posseduto, non possono esser tenuti al debito di questo corpo certo: questo debito gravita per l' intero contro l'erede del cui patrimonio fa parte il corpo certo. Pothier, n. 303.

Ma se questo corpo certo non fosse spettato ad uno degli eredi, che per effetto della divisione falta tra eredi, gli altri eredi noo sarebbero perciò liberati dal debito, quendo anche evessero iocaricato colui nella cui porzioοo il corpo certo fu compreso, del pegameoto del debito. Impercioccbè avendo qoesto corpo certo formato parte dell'eredità indivisa, tutti vi eran tenuti per lo rispettiva quota, e quiudi uoo àn potuto col loro fatto liberarsi di consegnarlo al creditoro. In consegnenza, ciascuno degli eredi continua ad esser debitore della sua parte, e quell'erede nella cui porzione il corpo certo è caduto può esser convenuto e condannato al pagamento del totale verso il creditore, purchè la sentenza sia resa in coocorso de' suoi coeredi, o, in mancanza, contro di essi, s'egli nella divisiona non fu incaricato di questo debito. Questa dottrina prendo argomento dagli art. 1518 e 1531. Potbier, *ob.* n. 303.

Secondo caso. — Concorso dell' azione personale e reale.— Quaodo il debito consiste nella semplice restituziona di ooa cosa, dolla quale il creditore è proprietario, ed il defunto ne evea la semplice ritenzione, cioè depositario, comodatario ec., ciascun erede è tenuto per la sua parte coo l'azione personale, ma l'arede dol debitore presso del qoele è la cosa, è tenuto pel totale alla restituziona; l. 3, § 3, ff. *comodati*; Pothier, *obligat.*, n. 304; Duranton, t. xi, o. 284.

Terzo caso.—Azione per vendita o altra specie di alienazione. In questa terza ipotesi, qoando cioè il dofunto avea venduto o in altro modo elienato il corpo determinato, siccoma le proprietà si trasferisco tra le parti col consenso, senze bisogno di tradiziono, art. 1092 e 1428, così il creditore di quosta cosa, mentre conserva l'aziona personele contro ciascuno degli eredi per la rispettiva quota, à l'eziono per l' intero contro l'eredo ch' è il possessore dolla cosa che forma l'oggetto dell'obbligszione. Duranton, t. xi, n. 285.

(1) Si richiedooo dal codice duo coodizioni per appliesre queste eccozione. La prima è quello, cho una delle cose, lá quali furmooo l'oggetto dol debito alternativo, sia indivisibile; la seconda è quella, che le scelta appartenga al creditore. Il sig. Toullier, t. 6, o. 765 à ceosurato questa disposiziono como iontila, anche perchè il caso in essa contenuto non presenta nue accezione al principio della divisione dello obbligezioni: è troppo chiaro che gli eredi del debitore non possooo impedire al creditore la scelta che gli è deferita nell'obbligezione alternativa di due cose, sotto pretesto che l'uno è indivisibile o l'altra è divisibile, art. 1143 e 1144. Vedi ancho Duranton, t. xi, n. 289.

(2) Per ben comprendere questa quarta eccezione al principio della divisiona delle obbligazioni, bisogna comiociare dal dritto antico.

Le laggi romane non permettevano di far passare gli effetti delle convenzioni alla persona di un solo degli eredi, ed esclusione degli altri, allorchè si trattava di far passara ad un solo degli eredi la totalità di un credito, l. 137, § ult., ff. *de V. O*; e Cujacio su questa legge ne assegna per ragione, che il credito nascendo dalla mia persona, poichè l'o io acquistato, si divida *ipso jure* fra i miei eredi, per effetto delle leggi delle dodici tavole, cui non potevasi derogere con particolari conveozioni: Pothier, *oblig.*, n. 65. In quanto allo obbligazioni passiva, le stesse leggi romene permettovano al testatore di gravare un solo de' suoi ardi dal peso de' debiti, purchè la legittima rimanesse iotatta; l. 20, § 5, ff. *fam. erciscundae*; l. 56, § 1, ff. *de leg. 2*; ma non permettevano al debitore di convenire, contrattando col creditoro, che il credito sarebbe steto pagato da un solo o da perte dei suoi credi; l. 56, § 1, ff. *de V. O.* N'assegna Voet (tit. *de rebus creditis*, n. 17) per ra-

5.° quando o dalla natura della obbligazione, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine che si è avuto di mira nel contratto, risulti essere stata intenzione de'contraenti, che il debito non possa soddisfarsi partitamente (r).

V. gli art. 1156, 1518, 1531, 1811, 1953, 1960.

---

gione, che siccome non si poteva obbligare l'estraneo, così non potevasi obbligare l'erede oltre quella parte per la quale era erede, mentre l'erede era a considerarsi per un estraneo per le porzioni degli altri coeredi.

Ma in molti stati di Europa le leggi romane non furono per questa parte adottate, e l'uso di giudicare era di ammettersi le parti a stipulare che il debito sarebbe stato pagato per intero da un solo erede o solidalmente da tutti; come anche potevasi stipulare che ciascuno degli eredi del creditore o un solo di essi potova agire per l'intero credito contro il debitore e suoi eredi: Voet, *ad pandectas*, tit. *familiae erciscundae*, n. 27. La ragione si era, che la divisione de'debiti era nell'interesse privato, cui le parti potevano derogare con particolar convenziono.

Che à inteso dire il Codice nella quarta eccezione dell'art. in esame? Non si mette in controversia, che col testamento si può gravare un solo erede del pagamento de'debiti, senza regresso contro i coeredi, per la ragione che questo caso non forma una eccezione alla divisione de'debiti, ma bensì un vantaggio fatto agli altri eredi. Ma il creditore e 'l debitore potrebbero con una stipulazione particolare pattuire, che un solo degli eredi del debitore sarà gravato dell'adempimento dell'obbligazione, o che un solo degli eredi del creditore può chiedere il pagamento dell'intero credito? Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 179 si pronunzia per la negativa, ed invoca l'autorità della l. 56, § 1, ff. *de V. O.* per sostenere che il creditore e 'l debitore non potrebbero convenire con un patto particolare, che uno degli eredi del debitore sarà solo incaricato dell'adempimento, senza regresso contro i suoi eredi. Egli quindi sostiene, che la disposizione del n. 4 dell'art. 1174 debbe esser intesa riguardo al caso in cui il titolo dell'obbligazione è un testamento; nel qual caso il legatario à l'azione pel totale contro dell'erede nominato.

Questa dottrina è stata impugnata da Toullier, t. 6, n. 416, 417 e 773 per due gravi ragioni: 1.° Che se l'art. 1075 permette di stipulare per un terzo, lo permette a più forte ragione per gli eredi; 2.° Che l'art. 1174 è posto sotto il trattato delle obbligazioni *convenzionali*, ed il *titolo* di cui parla questo art., non può riferirsi che ad una convenzione. Conviene però questo giureconsulto che, per una deferenza al dritto romano, l'ultimo comma dell'art. non permette al debitore di mettere con un contratto a carico di uno de'suoi eredi l'intero debito senza regresso contro degli altri, come può farlo il testatore. Chabat, *succ.* sull'art. 873 (794) n. 8, adotta questa dottrina, alla quale inclina pure Duranton, t. XI, n. 297.

Devesi da ultimo osservare, che la convenzione la quale impedisce che il debito non potrà esser pagato per parti dagli eredi, non autorizza ciascuno degli eredi del creditore ad esigere il pagamento per intero, se non quando questo pagamento per intero viene con la convenzione medesima autorizzato: nel qual caso, il pagamento fatto ad uno degli eredi del creditore libera il debitore verso tutti gli eredi del creditore, de'quali colui cui è fatto il pagamento è come il costituito per parte loro, o come *adjectus solutionis gratia*. Pothier, *obligat.*, n. 315.

(r) Il migliore interpetre di questo comma dell'art. non può essere che Pothier, dalle cui dottrine è stato copiato. Ecco com'egli si esprime nel trattato *delle obbligazioni*, numero 316.

« Il terzo caso, egli dice, in cui il debito, benchè diviso tra gli eredi del debitore, non dee soddisfarsi per parti è quando, senza esservi una convenzione speciale, risulta dalla natura della promessa, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine propostosi nel contratto, che l'intenzione de'contraenti fu effettivamente che il debito non potesse soddisfarsi per parti. Questo si presume facilmente quando la cosa che forma il suggetto della convenzione, è suscettibile per verità di parti intellettuali, ed è per conseguenza divisibile, ma non può esser divisa in parti reali.

« Questo si presume anche riguardo alle cose che possono dividersi in parti reali, quando esse non possan esserlo senza che ne risulti un danno al creditore.

« Se, p. e., io ò comprato e preso in fitto uno stabile, benchè questo sia suscettibile di parti, nulladimeno uno degli eredi di colui che me lo à venduto e affittato non sarebbe ammesso ad offrirmi la sua parte divisa o indivisa di questo stabile, per liberarsi dalla sua obbligazione verso di me, se i suoi coeredi non fossero pronti dal loro canto a rilasciarmi le loro, poichè la divisione di questo fondo mi porterebbe un danno. Io l'ò comprato o preso in fitto, per averlo intero o per goderlo intero, e non ne avrei nè comprata, nè presa in fitto una parte.

Ne'primi tre casi l'erede che possiede la cosa dovuta o il fondo ipotecato, può esser convenuto per l'intero sulla cosa o sul fondo, salvo il regresso contra i suoi coeredi. Nel quarto caso l'erede che è solo incaricato del debito, e nel quinto caso ciascun erede può esser convenuto per l'intero: salvo il regresso contra gli altri coeredi (1).

§. II

Degli effetti della obbligazione indivisibile.

V. gli art. 1153, 1172, 1185, 1518, 1853, 1960, 2000, 2103.

1175. Ciascuno di coloro che han contratto congiuntamente un debito indivisibile, è tenuto per l'intero, ancorchè l'obbligazione non sia stata contratta solidalmente (2).

1176. Lo stesso ha luogo per gli eredi di colui che ha contratto una simile obbligazione (3).

1177. Ciascun erede del creditore può esigere l'intera esecuzione della obbligazione indivisibile (4).

« Il fine propóstosi da'contraenti può parimenti impedire il pagamento parziale, anche de'debiti di una somma di danaro. Se per esempio, con una transazione voi vi siete obbligato a pagarmi la somma di mille scudi, colla dichiarazione che ciò è per liberarmi dalle prigioni ove io sono detenuto da un creditore per la detta somma, e un poco dopo voi siete morto lasciando quattro eredi, uno di questi non sarà ammesso ad offrirmi separatamente il quarto della detta somma, la quale non può procurarmi quella liberazione dal carcere che fu l'oggetto del contratto, o che non potrei conservar sicuramente in prigione, attendendo il pagamento del dippiù. »

Conseguentemente a questa dottrina, si considera come indivisibile l'obbligazione di pagare gli alimenti, come abbiamo dimostrato nella pag. 111; ed anche quella di pagare il canone enfiteutico, perchè risulta questa indivisibilità dal fine che ànno avuto i contraenti; Voet, lib. 6, tit. 3, n. 37, e gli autori da lui citati.

Devesi in fine osservare che, ne' tre casi d'indivisibilità enunciati da questo numero, cioè quando si presume di non potersi pagare il debito partitamente per la natura dell'obbligazione, per la cosa che ne forma l'oggetto, o pel fine che si à avuto di mira nel contratto; che il creditore può convenire uno degli eredi del debitore *per l'intero*, salvo il regresso al convenuto contro i coeredi. Ciò è testualmente deciso dall'ultimo comma di questo articolo, contro la dottrina di Pothier, il quale nel n. 316 stabiliva, che quantunque il debito non poteva esser soddisfatto particolarmente, il creditore dovea convenire in giudizio tutti. Toullier, t. 6, n. 781; Duranton, t. XI, n. 299.

(1) Le eccezioni al principio della divisione delle obbligazioni sono nell'interesse del creditore; ma non cessa di esser vero che tra gli eredi del debitore l'obbligazione è divisibile. Da ciò nasce, che colui che, in tutt'i casi à soddisfatto il creditore cui è piaciuto di convenirlo, o perchè à dovuto convenirlo per trovarsi in possesso della cosa obbligata, à il regresso contro i coeredi che sono tenuti a contribuire in proporzione della rispettiva quota.

(2) Vedi la nota 2, pag. 307 e 308.

(3) L'obbligazione indivisibile può consistere in DARE, in FARE, o in NON FARE. Conviene considerarne gli effetti riguardo agli eredi del debitore; su di che vedi la nota 2, pag. 313.

(4) Quando l'obbligazione è indivisibile, ciascun erede del creditore essendo creditor di tutta la cosa, ne segue che ciascuno di esso può spiegare contro il debitore la domanda per tutta la cosa. Se qualcuno quindi si è obbligato di farmi costruire, per l'utilità di un mio fondo, un dritto di passaggio sul suo, questo dritto essendo indivisibile, ciascuno dei miei eredi potrà spiegare la domanda contro il creditore pel totale, l. 2, ff. *de V. O.*

Ma, osserva Pothier, *oblig.*, n. 327, siccome ciascuno de'miei eredi, sebbene creditore di tutta la cosa, non è però creditore *totaliter*; così se dietro la domanda di tutta la cosa che l'uno de'miei eredi avesse spiegata contro al debitore, questi, per mancanza di aver eseguito la sua obbligazione, fosse condannato a'danni-interessi, non potrebbe esserlo verso questo erede che per la parte in cui è erede; poichè sebbene creditore di tutta la cosa, egli n'è creditore soltanto come mio erede in parte. Se à dritto di domandare tutta la

Non può egli solo rimettere il debito intero nè ricevere il prezzo in vece della cosa. Se un solo fra gli eredi abbia rimesso il debito, o ricevuto il prezzo della cosa, il coerede non può altrimenti dimandare la cosa indivisibile, che scontando la porzion di colui che rimise il debito, o ricevè il prezzo della cosa (1).

V. gli art. 1151, 1163, 1192, 1198, 1516, 1811.

1178. L'erede del debitore, convenuto per l' intero può dimandare un termine per chiamare in giudizio i suoi coeredi; purchè il debito non sia di tal natura che non possa essere soddisfatto se non dall' erede convenuto, il quale in tal caso può essere egli solo condannato; salvo il regresso per la sua indennità contra i coeredi (2).

V. gli art. 795, 796, 1516.

---

cosa, ciò viene dal non poter essere questa domandata in parte, perchè non è suscettibile di porzioni: ma l'obbligazione di una tal cosa indivisibile, convertendosi per l'inadempimento in una obbligaziona a'danni-interessi, la quale è divisibile, il mio erede in parte può pretendere ne' detti danni-interessi la sola porzione nella quale è erede; l. 25, § 9, ff. *fam. ercis.* In ciò gli eredi del creditore di un debito indivisibile sono diversi da'creditori solidali, come abbiam'osservato nella nota 2, pag. 307 e 308.

(1) Dal non essere l'erede in parte di un credita indivisibile, creditore *totaliter*, sebbene lo sia di tutta la cosa, ne segue ch'egli non può fare la remissione di tutto il debito. Perciò se il creditora di un debito indivisibile à lasciati due eredi, e l'uno di essi ne abbia fatta la remissione al debitore per ciò che lo concerne, il debitore non sarà liberato verso dell'altro. Nulladimeno questa remissione avrà effetto; e l' altro erede potrà bensì domandare al debitore l'intera cosa, ma lo potrà soltanto offrendo di fargli ragione della metà del valore di essa; imperciocchè la cosa dovuta, sebbene indivisibile in sè, à nulladimeno un valore il quale è divisibile, ed al quale si può in questo caso ricorrere: questa è una modificazione che riceve l'indivisibilità del debito. Dippiù, non basterebbe al debitore l'offrire a colui cha non gli à rimesso il suo dritto, la metà del prezzo della cosa dovuta: imperciocchè questo erede è creditore della cosa stessa, ed il suo coerede facendo la remissione del suo dritto, non à potuto pregiudicare a quello dell' altro erede. Pothier, *obligat.*, n. 328.

Da ultimo è notevole, che tutto ciò che si è detto relativamente a'vari eredi del creditore di un debito indivisibile, si applica egualmente riguardo a più creditori non solidali, verso i quali un simil debito fosse stato contratto. Pothier, *obligat.*, n. 330.

(2) I. *Effetto delle obbligazioni indivisibili in* DARE o *in* FARE *riguardo agli eredi del debitore.*—Bisogna distinguere tre casi. O questo debito è di natura tale da non poter essere soddisfatto che dal solo erede convenuto; o è di natura da poter essere soddisfatto separatamente, sia dal convenuto, sia da ciascuno de'suoi coeredi; o è di natura da non poter essere soddisfatto che da tutti unitamente.

Nel primo caso, di cui si può addurre per esempio, il debito di una servitù di passaggio, che il defunto avesse promesso d' imporre su di un fondo spettato in divisione ad uno degli eredi, questo erede solo può soddisfare a tal debito, ed egli solo sarà condannato alla prestazione della servitù; salvo a lui il suo regresso o indennità contro i suoi coeredi, se nella divisione non fu incaricato di soddisfar questo debito. Pothier, *obligat.*, n. 333.

Nel secondo caso, di cui si può addurre per esempio, il debito di una servitù che il defunto si fosse obbligato di far avere ad alcuno sul fondo di un terzo; la cosa che forma l' oggetto di questa obbligazione è cosa indivisibile, e che di sua natura può esser soddisfatta separatamente da ciascuno degli eredi del debitore, potendo ciascuno di essi accomodarsi col proprietario del fondo sul quale il defunto promise al creditore di fargli avere un dritto di servitù. Il creditore potrà dunque domandare questo dritto di servitù pel totale a ciascuno degli eredi del debitore, poichè questo dritto essendo indivisibile, ciascuno di essi è tenuto alla totalità del debito. Ma siccome ciascuno di questi eredi, sebbene debitore di un tal dritto di servitù pel totale, non ne è però tenuto *totaliter*, ma unitamente coi suoi coeredi; così egli può domandare una proroga per chiamarli in causa, affinchè insieme a lui facciano avere al creditore il dritto di servitù che gli à dovuto, o, in mancanza di fargliela avere, sieno tutti condannati a'danni-interessi verso il creditore: ed essendovi condannati, non vi sono tenuti che ciascuno per la sua parte, poichè (come abbiam'osservato nella nota 2, pag. 307 e 308) questa obbligazione a'danni interessi è divisibile.—Se però il convenuto trascura di chiamare i suoi coeredi, e rimane solo in causa, sarà solo condannato a far avere all' attore il dritto di servitù promesso dal defunto, ed in mancanza sarà parimenti solo condannato a'danni-interessi, perciocchè avendo trascurato di chia-

SEZIONE IV.

Delle obbligazioni con clausole penali.

V. gli art. 1100, 1106, 1082.

1179. La *clausola penale* è quella colla quale una persona, per assicurare l'adempimento di una convenzione, si obbliga a qualche cosa nel caso d'inadempimento (1).

---

marli in causa, dee solo subire la condanna; salvo a lui il regresso contro i suoi coeredi. Pothier, *obligat.*, n. 334.

Del terzo caso, si può addurre per esempio, quello in cui qualcuno per una transazione siasi verso voi obbligato a costituirvi sul suo fondo un dritto di passaggio per andare al vostro, in quella parte ch'egli v'indicherà. Se quest'uomo prima di aver adempiuta una tale obbligazione è morto, ed à lasciato più eredi tra quali è comune lo stabile, l'obbligazione d'imporvi il dritto di passaggio nella quale succedono, è una obbligazione indivisibile che può soddisfarsi soltanto unitamente da tutti gli eredi, poichè solamente tutt'i proprietari di uno stabile possono imporvi un dritto di servitù, giusta la l. 2, ff. *servit.*, e la l. 18, ff. *com. praed.*—Or in questa specie di obbligazione, se uno degli eredi dichiara ch'è pronto per quanto sta a lui ad adempiere la obbligazione, così che dipenda dall'altro erede soltanto ch'essa non venga adempiuta, colui solo che rifiuta dev'essere condannato a'danni interessi risultanti dall'inadempimento, poichè non è in mora colui che offre. Ma se fosse stata stipulata una pena in caso d'inadempimento dell'obbligazione, colui fra gli obbligati o l'erede che non fosse stato in mora, non lascerebbe di esser soggetto per la sua parte alla pena, attesa la mora degli altri, *non immediate, sed ejus occasione, et tanquam ex conditionis eventu*, nel modo stesso come nelle obbligazioni divisibili, salvo il suo regresso contro gli altri obbligati con lui. Pothier, *obligat.*, n. 335.

II. *Effetto delle obbligazioni indivisibili che consistono in* NON FARE. — Si adduca per esempio delle obbligazioni indivisibili in *non faciendo*, il caso di una obbligazione contratta da uno verso del suo vicino a non impedirgli di passare ne' suoi fondi. La contravvenzione fatta da un solo degli eredi dell'obbligato dà luogo all'azione del creditore contro tutti, perchè sia loro ciò proibito, e siano altresì condannati a'danni-interessi; con questa differenza, che colui che à commessa la contravvenzione dev'esser condannato pel totale, *quia non tenetur tantum haeres, sed tanquam ipse, et ex facto proprio*, e che gli altri eredi debbono essere condannati solamente in quanto alla porzione di cui sono eredi, e salvo il loro regresso contro l'autore della contravvenzione per essere indennizzati. Noi abbiamo nella p. precedente veduto, che nelle obbligazioni che consistono *in fare* qualche cosa indivisibile, il creditore non à azione contro l'erede che non è in mora, ed importanto à azione contro lo stesso erede che non è in mora nelle obbligazioni *in non fare*.

La ragione della differenza si è, che nelle obbligazioni *in faciendo* è la mora del debitore che dà luogo all'azione; donde consegue ch'essa non può aver luogo contro chi è pronto, *quantum in se est*; al contrario nelle obbligazioni *in non faciendo* è il fatto stesso da cui il debitore à promesso di astenersi egli medesimo ed i suoi eredi, che dà luogo all'azione del creditore, e perciò basta che un solo degli eredi v'abbia mancato, perchè vi sia luogo all'azione contro di tutti. Si dee supporre che tale sia stata l'intenzione de' contraenti, poichè altrimenti colui verso del quale il debitore si è obbligato a non fare qualche cosa, non sarebbe abbastanza sicuro; accaderebbe sovente che quando venisse fatto ciò che si stipolò di non doversi fare, egli non potrebbe agire contro di alcuno, per non sapere chi l'avesse fatto, non essendo facile bene spesso, quando una cosa è fatta, il sapere chi l'abbia fatta. Al contrario, nelle obbligazioni che consistono in fare, non si può ignorare chi sia in mora di farla, per l'interpellazione che a questi viene fatta. Del resto non potrebbe negarsi agli eredi che non ànno contravvenuto l'eccezione di opporre al creditore la escussione de' beni del contravventore. Pothier, *obligat.*, n. 337.

(1) L'azione che nasce dalle convenzioni è quella di chiedere l'esecuzione dell'obbligazione contratta. Or può il creditore stipulare il risarcimento de' danni interessi che soffre per l'inadempimento del debitore, con una clausola contenuta nella convenzione medesima, la quale chiamasi *clausola penale*. L'utilità di questa stipulazione è evidentissima; perciocchè il creditore, onde ottenesse i suoi danni-interessi, sarebbe obbligato di giustificare la perdita da lui sofferta ed il guadagno di cui fu privato per effetto dell'inadempimento, lo che torna sovente difficile, *plaerumque difficilis probatio est, quanti cujusque interest*; l. 11, ff. *de praetoriis stipulat.* Per prevenire dunque siffatti disordini, le parti sogliono convenire

1180. La nullità della obbligazion principale produce la nullità della clausola penale (1).

La nullità della clausola penale non porta quella della obbligazione principale (2).

V. gli art. 816, 1068, 1125.

1181. Il creditore può agire per l'adempimento della obbligazione principale, in vece di dimandare la pena stipulata contra il debitore che è in mora (3).

V. l'art. 1098.

---

una determinata somma o una cosa a titolo di danni-interessi. Così un mercante mi à, per esempio, prestato la sua vettura coll'obbligo che io gliela restituisca alla fine del mese, epoca in cui ne à bisogno per trasportare le mercanzie nella fiera, sotto pena di cento ducati laddove io mancassi alla restituzione nel giorno fissato; questa clausola intesa ad assicurare l'adempimento dell'obbligazione della restituzione della vettura, à per fine di evitare una liquidazione di danni nel caso d'inadempimento, e niente vi à d'illecito che le parti medesime determinino il compensamento de'danni-interessi con una clausola aggiunta all'obbligazione principale. *In hujusmodi stipulationibus quae quanti res est promissionem habeat, commodius est certam summam comprehendere;* l. 11, ff. *de praetoriis stipulat.*

La clausola penale è adunque un accessorio di una obbligazione principale: l'obbligazione principale è pura ed à il suo effetto dal dì della convenzione; la clausola penale è di sua natura condizionale, poichè è subordinata all'evento dell'inadempimento dell'obbligazione principale per parte dell'obbligato. Toullier, t. 6, n. 800 e seg.

(1) La ragione di ciò è, ch'è della natura delle cose accessorie di non poter sussistere senza la cosa principale: *cum causa principalis non consistit, ne ea quidem quae sequuntur, locum habent;* l. 129 § 1, ff. *de reg. jur.* Pothier, *obligat.*, n. 339 (*).

Ma l'esposto principio soffre le seguenti modificazioni:

1.° Se l'obbligazione principale, nulla per riguardo all'oggetto, potesse nondimeno dar luogo a'danni-interessi, a causa del dolo del debitore, la clausola penale sarebbe valida. Così, se Tizio mi à venduto un fondo che non era suo, la vendita è nulla, art. 1444. Non vi esiste quindi obbligazione principale. Ciò non ostante, la clausola penale stipulata nel contratto nel caso d'inadempimento, è valida, perchè avendo il compratore azione a ripetere i danni-interessi dal venditore che scientemente gli à venduto la cosa altrui, § 5 Inst. *de empt. vendit.*, la clausola penale per l'art. 1182 non è che il compenso de'danni-interessi. Duranton, t. XI, n. 328.

2.° La clausola penale aggiunta ad un'obbligazione primitiva, all'adempimento della quale, colui verso del quale è stata contratta, non à alcun interesse apprezzabile, è valida come sarebbe il caso della stipulazione per un terzo vietata dall'art. 1073. *Promettete di darmi mille, se non costruite l'edifizio a Paolo.* Questa clausola penale è valida, invalida quella a favore di Paolo. *Alteri stipulari nemo potest . . . Plane si tuis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit sicut est comprehensum, committatur poenae stipulatio etiam ei cujus nihil interest.*, Inst. § 19 *de inut. stipul.* La ragione si è, che io potrei avere interesse morale all'adempimento della promessa verso il terzo; e come non potrei forzare l'obbligato all'adempimento della promessa, è la sola pena stipulata che mi può fare ottenere l'intento. Pothier, *obligat.*, n. 340; Toullier t. 6, n. 814; Duranton, t. XI, n. 330 e 331.

3.° Si può unire validamente una clausola penale ad un atto di conferma di una obbligazione non colpita da nullità radicale, ma relativa. Se, per esempio, ho convenuto con un minore divenuto maggiore, che non impugnerà un mutuo contratto nella sua minorità, ed ho stipulato una pena laddove contravvenisse a questa convenzione, questa pena sarà dovuta, quantunque il minore avesse dritto di far dichiarare nullo il contratto fatto nella minor età. Pothier, *obligat.*, n. 344; Duranton, t. XI, n. 332.

(2) La ragione per cui la nullità della clausola penale non trae con sè quella dell'obbligazione principale, si è che il principale non dipende dall'accessorio, e può sussistere senza di esso. Questo è ciò che anche era deciso dalla l. 97 e 103 § 3, *de verb. obligat.*

Una clausola penale può esser nulla per le stesse cause per cui può esser nulla una obbligazione o condizione: vedi gli art. 816, 1087 e 1125.

(3) Se l'oggetto della clausola penale è, come dice l'art. 1179, di assicurare l'adempimento dell'obbligazione, ne segue naturalmente, che in caso d'inadempimento non può esser forzato il creditore a rinunciare all'esecuzione dell'obbligazione, e contentarsi della pe-

---

(*) Altri giureconsulti citati da Toullier, t. 6, nota al n. 817, ne danno altra ragione.

V. gli art. 1093, 1106, 1107, 1079, 1919.

1182. La clausola penale è la compensazione de' danni e degl' interessi che il creditore soffre per l' inadempimento della obbligazion principale.

Non può dimandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando questa non sia stata stipulata per la semplice mora (1).

---

nale. Egli può avvalersi di tutt'i dritti che la legge accorda al creditore contro il debitore per l'adempimento delle obbligazioni. Così anche decidevano le leggi romane; l. 122, § 2, ff. *de verb. obligat.*, l. 28, ff. *de act. empt.* Pothier, *obligat.*, n. 342; Toullier, t. 6, num. 801.

Da ciò segue, che non è obbligazione con clausola penale quella di pagare soltanto una somma di danaro in caso d'inadempimento di una obbligazione, poichè in questo caso la penale non à per fine l'adempimento dell'obbligazione primitiva, e quindi non esiste che la sola obbligazione della somma promessa. *Se io non abbatto l' albero ch' è d' incomodo alla vostra finestra, mi obbligo di darvi cento.* Io non mi sono obbligato di abbattere l'albero, ma solamente di darvi cento, se non l'abbatto. Non esiste quindi che una sola obbligazione di dare cento, laddove non abbia luogo l'abbattimento dell'albero; l. 44, § 5 e 6, ff. *de obligat. et act.*; Pothier, *obligat.*, n. 342; Toullier, t. 6, n. 804.

È canone adunque fondamentale, che nelle obbligazioni con clausola penale può il creditore, in luogo di domandare la penale, agire per l'adempimento dell'obbligazione principale. Ma possono esservi de'casi ne'quali il creditore è nella necessità di contentarsi della penale, non potendo agire per l'esecuzione dell'obbligazione principale. Così, se il debitore si è obbligato di consegnare un orologio, pel quale lo stipulante avea un'affezione, sotto pena di cento; e prima della consegna lo vende ad un terzo di buona fede da cui non può, per gli art. 1095 e 2185, revindicarsi; in tal caso il creditore deve contentarsi della penale. Duranton, t. XI, n. 338.

(1) La penale è stipulata coll'intenzione di risarcire il creditore della mancanza dell'obbligazione principale: essa è per conseguenza un compenso de' danni-interessi che soffre per l'inadempimento dell'obbligazione principale. — Ne segue da ciò, che il creditore dee scegliere e di chiedere l' adempimento dell' obbligazion principale, e la pena; ch' egli dee contentarsi dell' una o dell' altra, e che non può esigerle ambedue, purchè però la pena, conchiude l'art. in esame, *non sia stata stipulata per la semplice mora.* Ciò vuol dire, che la pena può essere stipulata per riparazione de' danni-interessi che il creditore soffre, non già per l'inadempimento assoluto dell' obbligazione, ma semplicemente pel ritardo nel suo adempimento: nel qual caso dee il debitore incorrere nella pena, senza pregiudizio dell'obbligazione principale, *rato manente pacto*, come dice la l. 16, ff. *de trasact.*; Toullier, t. 6, n. 802; Duranton, t. XI, n. 344.

Stipulata che si è la pena per la semplice mora, e pure quando, in mancanza di questa stipulazione, il creditore presceglie di chiedere il pagamento della pena, il giudice può a richiesta del debitore e del creditore, temperare e aumentare la somma stabilita dalle parti a titolo di penale? No, per l' art. 1106, su di che vedi la nota 2, pag. 259, e *junge* Duranton, t. XI, n. 339 e 340. Ivi osservammo ancora, che la regola di non potersi ridurre una clausola penale non è applicabile alle obbligazioni che consistono nel pagamento di una somma di danaro: in tal caso, la clausola penale non può eccedere l'interesse che la legge permette di ricevere, altrimenti si verrebbe indirettamente a violare le leggi che vietano l'usura, non che la regola di dritto che nelle obbligazioni che consistono nel pagamento di una somma di danaro, non si può esigere per la mora che l'interesse legale o convenzionale, art. 1107. La clausola penale adunque stipulata in un contratto di mutuo per la sola mora nella restituzione della sorte, non è dovuta dal debitore che non à restituito alla scadenza del termine, quando è stipulata la continuazione degl'interessi convenzionali. Questo principio riconosciuto dagli scrittori (siccome abbiamo riferito nella citata nota 2, pag. 257 e 258) è stato ritenuto dalla nostra Corte Suprema, i di cui principali arresti conviene qui riferire, in una materia tanto interessante.

1.° *Arresto del 26 aprile 1828, causa Petrilli e Supenara.* — « La Corte Suprema, senza attendere a quanto è disposto col dritto romano che abborrisce le clausole penali, o le considera come un eccesso di usura, stando alle leggi civili in vigore à creduto, che secondo queste, le *clausole penali*, neppure dovessero aver luogo nel caso in quistione. Egli è vero che l'art. 1182 di dette leggi determina, che debba aver luogo la clausola penale quando siesi stipulata per la semplice mora, ma non lascia di spiegare nel tempo stesso, che la medesima sia la compensazione de'danni e degl'interessi, che il creditore soffre per l'inadempimento dell'obbligazione principale.

« All'opposto l'art. 1107 stabilisce, che (*è trascritto il testo*). Quindi adattando i principî suddetti al caso in quistione, ne segue, che se gl'interessi per patto continuano a de-

correre in favore di Petrilli anche dopo la mora; la promessa de' ducati 4000 per la sola mora era da dichiararsi contro la legge; ed avendo la gran corte civile ammessa in parte la penale, à credete la Corte Suprema di essersi violate le disposizioni legali di sopra espresse. — Annulla ».

2.° *Arresto del 7 febbrajo 1838*, *causa Sticco e Simonelli*.—« La Corte Suprema à considerato, che il § 2 dell'art. 1182 delle leggi civili invocato dal ricorrente non è applicabile alle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata. Allorchè in un mutuo in danaro, al patto della restituzione si aggiunga una penale, da doversi precisamente soddisfare, *si intra certum diem* non sia restituito, sarà esso evidentemente un contratto userario, quando la pena ecceda il modo legittimo degl' interessi correnti.

» In questo caso *uberius foenus promittitur*, ed è nulla per questa parte la stipolazione; imperciocchè *poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest*; l. 9, 29 e 44, ff. *de usuris*, e l. 46, C. *eod.*

» Essendosi quindi fatta una giusta applicazione dell' art. 1107 *leggi civili*, rigetta il ricorso ».

3.° *Arresto del 22 dicembre 1840*, *causa de Rinaldis ed Orielo*. — « Osserva preliminarmente la Corte Suprema in fatto, che nel contratto di mutuo leggesi stabilito un interesse al 9 per 100, con esplicito patto di restare a tanto il debitore tenuto, anche dopo la scadenza del mutuo, sino all'effettivo pagamento. Osserva dippiù contenersi nello stipulato in parola una comminatoria clausola penale in ducati 500.

» Osserva intanto, che il creditore, non appena scaduto il termine alla restituzione, prefisso, con sua istanza si fece a dimandare in giudizio la somma numerica numerata. Chiese del pari l' interesse convenzionale scaduto e da scadere sino all'effettiva soddisfazione, e conchiuse in fine per la condanna alla pattuita penale.

» Or considerando che l'enunciato patto di dovere il mutuatario anche dopo il maturo e sino all'effettiva numerazione del capitale, pagare i convenuti interessi nella grave ragione del 9 per 100, fa apertamente conoscere, che con siffatta apposita stipulazione sia stato tra i contraenti di accordo preveduto il caso di ritardo e della inesecuzione, e parimente fissata all'amichevole la valutazione degl'interessi, che avrebbe potuto il creditore soffrire nel caso d' inadempimento.

» Di conseguenza risulta, che ad escludere quella improba usura, da'sapienti così detta, *expilatoria redens fratrem*; le consentite usure, tutto che al di là della legale misura, sole e non altro esser debbano i legali interessi, cui va tenuto il debitore.

» Considerando di conseguenza alla premessa osservazione, tostochè nell'articolo 1182, niente per altro differme da quanto ci à lasciato scritto la romana sapienza, leggesi sancito: *che la clausola* PENALE *non è che* LA COMPENSAZIONE DE' DANNI-INTERESSI; sorge per una ben regolare induzione, che ove alle altre già consentite usure, nel caso di ritarde, e da questo punto protratte sino all' effettivo pagamento, la corte giudicatrice, in ritenendo efficace la comminatoria clausola penale, mascherata sotto l' apparenza d' interessi, passò benanche a condannare a questi il debitore, è venuta così direttamente a violare l'art. 1182, messo in combinazione col precedente 1107.—Annulla ».

Rinviata questa causa alla prima camera della gran corte civile di Napoli, con decisione del 18 giugno 1841 non fu seguita la norma della Corte suprema; val dire, ritenne la Corte civile per valida la clausola penale in un mutuo fruttifero. Ma sul nuovo ricorso, la Corte Suprema persistendo nel rincalzo della massima stabilita nel precedente arresto, fece una severa censura della impugnata decisione con arresto del dì 5 giugno 1843 del tenor seguente :

» Nel mutuo la penale stipulata oltrepassando la misura degl' interessi convenuti, sarà riducibile agli stessi ?

» Osserva, che il debitore è condannato ai danni ed interessi, tanto se non adempia la obbligazione, quanto se ne ritardi l'adempimento; art. 1101 l. c. Quindi la clausola penale à doppio scopo e doppia definizione, secondo la diversità dell' oggetto cui si riferisce. Essa una volta assicura l'adempimento della obbligazione, ed è in questo caso definita: *esser quella con la quale una persona, per assicurare l' adempimento di una convenzione, si obbliga a qualche cosa, nel caso d' inadempimento*: art. 1179 l. c. Altra volta, nel mentre non manca l' adempimento dell' obbligazione, essa ristora i danni dal ritardo che vi si è frapposto, ed in questo altro caso definiscesi : *essere la compensazione de'danni e degl'interessi che il creditore soffre per l'inadempimento dell'obbligazione*; art. 1182 *ibid.*

» Allorchè l'obbligazione consiste nel fare e non fare, il creditore non può nel caso d' inesecuzione impiegare la forza. Il rispetto dovuto alla libertà degli uomini vi si oppone,

V. l'art. 1099. 1183. O che l'obbligazion principale contenga un termine nel quale si

on le la regela: *nemo potest cogi ad factum*. In vista di ciò, la clausola penale vi provvede, assicurande l'adempimento della obbligazione, col ristore de'danni ed interessi; artic. 1096 *ibid*.

» Nelle obbligazioni poi che consistone nel dare, queste, quando sono alternative, danne diritte di esigere e la cosa principale, e la penale: art. 1181, *ibid*. Quande non sone alternative, la mera di adempierle porta il devere di dare la cosa principale e la penale, 1182 *ibid*.

» Ma queste obbligazioni a dare non sone quelle che consisteno nel pagamente di una somma determinata; ma un oggetto qualunque, fuori egni sorta di moneta, poichè questa nen è capace di discapito o deperimente, ha sempre in sè il sue valere reale e dee restituirsi nella medesima specie e quantità; art. 1764, 1767 e 1769 *ibid*.

» Di fatto si può essere tenute a dare de'cavalli, delle biade, una cosa, un terreno. La mora a dare queste cose è sempre cagione de'danni ed interessi, e per le scapite, e per le tempo del bisogne cessate, e per degli accidenti che variane in mille guise,ma che sempre producono danni da risarcirsi. Questi danni possene prima di soffrirsi liquidarsi nel contratto in una somma, che si dirà penale, nel fine di evviarsi a liti imbarazzanti e longeve per la liquidazione de'danni; epperò liquidati che sono nel contratto, nen possene indi ridursi, nè in più nè in meno; art. 1106, *ibid*.

» Allorchè poi le obbligazione consiste a dare una determinata somma, il creditere in qualunque tempo l'avrà, non vi avrà perdute nulla, poichè il denare in se ha sempre il sue valere reale e positive; e la restituzione si fa nella medesima specie, qualità e quantità ricevuta.

» Di qui è, che nelle obbligazioni che si restringone al pagamente di una somma determinata, non vi sen mai danni ed interessi da risarcire.

» Osserva altronde, che il mutue è un contratto gratuite di stretto diritte, che di per se nen partorisca interesse alcuno; e allorchè il magistrate unisce gl'interessi legali alla condanne di pagamento delle somme dovute, egli non fa altro che punire il debitere, che nen ha pagate al termine convenuto, e non ha luoge, che della data della citazione in poi. La legge dalla altra banda permette che possa produrre un interesse, ma veele che ciò sia convenuto, e la quantità ne sia determinata in iscritto; art. 1777 e 1779, *ibid*. Questa permissione di convenire un interesse è per la semplice ragione di rinfrancare il creditore del lucro cessante, e non del danno emergente; poichè la somma nen iscapita mai. Anzi queste interesse vuel essere determinato in iscritto, acciocchè la cupidità de'prestateri nen abusi, vedende nascosti i suoi eccessi; e all'opposto conosca che i magistrati possano anche ridurli a misura equabile e ragionevole.

» Da ciò segue, che se è permesso di stipularsi il semplice rinfranco del lucre cessante nell'interesse convenute, altra cosa non vi potrà essere, che possa credersi autorizzata a stipularsi. Perciò nel silenzio delle parti, a cui è state permesso stipulare solamente un interesse convenzionale, ogni serta di danni ed interessi non consiste giammai se non nella condanna a pagare quegli stessi interessi, cui il giudice è autorizzate a condannare il debitere inadempiente, art. 1107, *ibid*.

» La legge quindi volendo per motivi di ordine pubblico accordare solamente interessi sulle quantità dovute, avendo data facoltà alle parti di convenirsene une a lere prudenza, nen devea che solamente provvedere il caso del loro silenzio; ed essendevi un interesse legale, e nen vedende danni ed interessi nella somme dovute, statuì che interessi legali e mai altre era date accordarsi dai magistrati, pel ritarde al pagamente di somma determinate, infrapposto da'debiteri che non avessero convenuto un altre interesse a velontà.

» Di qui è, che, allorchè gl'interessi convenzionali son dovuti, enche dopo spirato il mutue nella stessa misura di prima, i danni ed interessi stabiliti in una penale stipulata non eccedene mai la misura degl'interessi convenuti. La legge non ha permesse che i soli interessi: e devendo esser stabile ne'suoi principii, ha dovuto mantenere la regola, eve le parti noe se ne avessero convenute alcuno; epperò ha statuito che qualsivoglia danno ed interesse sofferte dal creditore, risultante del ritardo del debitore, non attribuirà altro, che quel solo interesse legale permesso al magistrate di aggiungere alla condanna dal di della dimanda giudiziale al pagamento.

» Altronde se la legge nen riconosce danni ed interessi nel mutuo, convenire una penale per rinfrancarli, non è altro che stipular contre i suei stabilimenti, che vedere une clausola penale, come illecita e *sine causa* convenuta; art. 7, 1062, e 1085, *ibid*.

» Osserva che tutte quanto vedesi costituito intorne all'interesse del mutuo è di diritto pubblico, perchè riguarde il benessere della nazione, epperò dee sempre interpretarsi *stricto jure*. Prueva di ciò n'è il diritte divine, il canonico, la sapienza civile de'romani,

debba eseguire, o che nol contenga, non s' incorre nella pena, se non

---

e'l nostro diritto municipale. In essi vedesi una volta negato ogni frutto al denaro, un' altra volta limitatamente conceduto, e sempre proibita, siccome cosa turpa ed illecita, l'usura, a gravemente punito l' usuraio come reo di pubblico dolitto, da punirsi *ex officio* dal magistroto. Onde le coso esposto, riattaccandosi a quanto trovasi precedentemente costituito, cha di certo forma la ragieee della legge novella, riconfermano l' assunto di sopra sostanuto.

» Nè, perchè non vi ha misura stabilita dell'interesse convensionale, deesi conchiudare esser riconosciuto ed ammesso ogni riprovabila eccesso; cosicchè possa dirsi, cbo stipulandosi il 30, il 50, ed ancho il 100 per cento l'anno, non vi ha legge ch' il vieti o refreni. Perciocchè se fosse cosi, resterebbe come inutila precetto la necessità di dovorsi determinare in iscritto la misura doll' interesse convenzionalo, stabilita con l' art. 1779. Il lucro cessante vuolsi accordare, e questo, come causa lecita dol contratto, non può eccedero la sua vara ragione, non dee opprimere, dissanguare, e mandar a rovina chi ebbe bisogno di una somma a prestito. Anche il proprietario può faro ciocchè vuole della sua cosa, non potrà però mai offondero il diritto altrui, ort. 477; e questa regola si riproduce in infiniti altri luoghi del diritto. Qoindi un interesse eccessivo ed esorbitante non potrebbe, perciò sole che non vi ha misura stobilita degl'interessi conveozionali, credersi iniquamente autorizzato dalla legge.

» Quindi i danni ed interessi dovuti a causa della mera infrapposta alla esecuziene di una obbligaziene, avente per eggetto il pagamento di una somma determinata, consisteno sempre, ma unicamenta negl'interessi legali o convenaionali di questa somma. Nulladimeno la leggo non ha saputo negara i danni ed interessi in alcuni casi limitatamente, epperò ne à eccettuato le regole particolari al commercio ed alla mallovoria, secondo il testo espresso dell' art. 1107 *ibid*. Queste regole si trovane tracciate dall' art. 176 a 187 leg. di eccez., e nell'art. 1900 l. a., e sono, e pel favore del commercio, da cui si deriva la ricchezza dello stato, e dipendone da un evidente principio di giustizia, che non à saputo sconoscere.

» Osserva cha, oltre alle regole particolari al commercie ed alla mallevaria, l'art. 1718 *ibid*., dice che il socio che doveva conferire alla società una somma, o cbo avea tolta una somma dalla cassa sociale, dee oltre gl'interessi anche i danei ed interessi, se vi ha luoge. In ciò vedesi un altro altissimo principio di giustiaia naturale, che la legge sarebbe stata riprovabile; se non avesso ammesso, siccome ha fatto riguardo al commercie ed alla malleveria. Queste osservazioni conducono naturalmenta all'altra idea, cha vi può essere ancbe altro caso, in cui possone andor dovuti i danni ed interessi varamenta soffarti o debitamente preveduti nel contratto. Per esempio, se il mutuante avea il danaro in serbo, per esercitare un patto di ricompra, evitare una espropriasione, un arresto personale, e'l mutuatarie gliele ha tolto di mano, col patto di ridargliela al tempo in cui devrà quegli sborsarlo, assumendo il dovere di supportare esso tutti i danni, che potrà il mutuante soffrire dal sue ritardo, ed à questi danni liquidati nel contratto in una penale stabilita; in questo caso la penale sarà aquabilmacta dovuta. Ove realmente ciò sia avvenuto, e trovisi espressamente stabilito nel contratto, a motivo di avitar le frodi, secondo l'art. 1104 *ibid*., in questo casa, avvenuta la mora, non potrà il dabitore allegare cha il creditore à in altro modo evitato il danno; noe dovendesi gievare de'mezzi dal suo creditore nemmene per ottanore una riduzione della penale; art. 1106 *ibid*.

» Osserva che il contratte tra do Rinaldis ed Oriolo, quanto alla penale, non contiene liquidazione di danni reali preveduti o cha si potevane prevedere, ma sibbene una riprovevolo usura, mascherata sotto la forma di ponale. Che non furone danni che si previdero, eltre del fatto, lo mostra lo stile dol contrattare del sig. Oriole, il quale ha messo altre clausola nel mutue, contrarie affatto alla buona fede e all'equità, e del tutto oppressive.

» L' usura nella specie può considerarsi dal fatte, cbe l'interesse al 9 per 100 su ducati 4000 importa annui duc. 360. Essende l'anne diviso in giorni 366, ne viene, cha l'interesse è meno di un ducato al giorno. Or qual eccesso non è quelle di aggiungero a quest'uno altri duc. 500, solamente per overe frapposto al pagamento il ritardo di un giorne, senza che il creditore avesse sofferte alcun danno al mondo?

» Nè si dica, ahe costituendosi la penale, s' intende cho vi sia state un caso prevaduto di danni, che la causa do'contratti può essere non espressa, art. 1086, l. e.; e cbe non è dato quistionare se il danne sia o non sia avvenute. Imperocchè, se il solo costituirsi la penalo importasse la realtà del danno proveduto, sarebbe d'oro in poi facilissimo il far frode alla legge, con una mera asserziona. Dell'altra banda, se la causa de'contratti può essar taciuta, non è però men vero, che la stessa debba mai sempre constare nella sua positivo realtà e certezza poichè in altro caso non vi sarebbe più la eelità, per mancanza n

quando colui che è obbligato a dare, a ricevere o a fare, sia in mora (1).

V l'art. 1106.

1184. La pena può modificarsi dal giudice, quando l'obbligazion principale è stata in parte adempiuta (2).

1185. Allorchè l'obbligazione principale contratta con clausola penale ha per oggetto una cosa indivisibile, s'incorre nella pena per la contravvenzione di un solo degli eredi del debitore: e può dimandarsi o per l'intero contra il contravventore, o contra ciascun coerede per la rispettiva quota e porzione, ed anche ipotecariamente per lo tutto; salvo il regresso contra colui pel cui fatto si è incorsa la pena (3).

---

falsità di causa ne'contratti. E se non è dato discettare sul se siesi incorso o evitato il danno, non è così della causa del contratto, che dea consistere nella realtà di un danno reale prevedolo e temuto.

» Per la qual cosa sono stati violati gli articoli 1107, 1182, 7, 1062, e 1085, l. c., e malamente applicati tutti gli altri articoli indicati di sopra—Annulla ».

(1) Quando si dà luogo alla clausola penale? Ecco l'oggetto della disposizione di questo articolo, che stabilisce in principio di non incorrersi nella penale, se non quando il debitore sia in mora di adempiore la sua obbligazione. Ma quando il debitore cada in mora? Noi abbiamo trattato tutta la teorica sulla mora nella nota 4, pag. 247 e seg., e precisamente nella pag. 249 abbiamo esaminato in quali casi s'incorre nella mora secondo il codice in vigore.

Nelle obbligazioni di *non fare* s'incorre nella pena pel solo fatto della contravvenzione all'obbligazione, art. 1099. Pothier, *obligat.*, n. 348.

(2) La pena stipulata da'contraenti fa legge per loro. Il creditore non dev'essere ammesso a dire che questa pena è insufficiente, nè il debitore a pretendere ch'è eccessiva. È questa la regola sancita dall'art. 1106 e da noi sviluppata nella nota 2, pag. 259 e nella nota 2, pag. 316 e seg.

Ma quando l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, è allora un caso differente da quello che le parti àn preveduto, ed al quale la pena era stata connessa. Il creditore poteva non ricevere l'esecuzione parziale dell'obbligazione, poichè l'obbligazione è indivisibile tra creditore e debitore; art. 1173 e 1197; ma quando egli à ricevuto volontariamente parte del debito, come potrebbe chiedere, mancando il debitore di pagare il rimanente, l'intera penale fissata pel caso d'inadempimento di tutta l'obbligazione? Diceva la l. 9, § 1, ff. *si quis caution. in judic.* che, sebbene secondo la sottigliezza del dritto possa sembrare che la pena nel caso di esecuzione parziale dell'obbligazione si dovesse per l'intero, nulladimeno era più equo il decidere che si era incorso nella pena soltanto per quella parte dell'obbligazione principale che rimanea ad eseguirsi. E Molineo *de divid. et individ.* parte 3, n. 112, dava per ragione di questa disposizione, che la pena reputandosi promessa pel risarcimento dell'inadempimento dell'obbligazione principale, il creditore non può ricevere l'una e l'altra. Quando dunque il creditore è stato pagato per una parte dell'obbligazione principale, non può più ricevare la pena per questa parte, altrimenti riceverebbe e l'una e l'altra, ciò che non dee mai accadere. Queste osservazioni di Molineo adottate da Pothier, *obligat.*, n. 351, sono la ragion motiva dell'articolo in esame.

Ma non devesi perder di vista una importante osservazione. Non perchè l'obbligazione principale si è in parte eseguita, il giudice è forzato a moderare la pena. Per evitare quest'assurda conseguenza, l'art. in esame adopera la parola *può* appunto per dinotare che spetta al giudice di valutare le circostanze di fatto, dalle quali si può raccogliere che in taluni casi l'adempimento parziale dell'obbligazione principale non avendo diminuito il danno sofferto dal creditore, la pena non dova diminuirsi. Duranton, t. XI, n. 358.

Da ultimo è notevole, che il giudice à facoltà di diminuire la penale per l'esecuzione parziale dell'obbligazione principale, anche quando l'esecuzione dell'obbligazione principale era indivisibile o la pena consistesse in qualche cosa indivisibile. Pothier, *obligat.*, n. 353, 354 e 355; Duranton, t. XI, n. 360, 362, 363 e 364.

(3) Per giudicare se la pena s'incorra nel totale e da tutti gli eredi del debitore per la contravvenzione di uno di essi, bisogna distinguere le obbligazioni indivisibili dalle divisibili. Questo articolo considera il caso dell'obbligazione indivisibile, e decide che la contravvenzione fatta a quest'obbligazione da un solo degli eredi del debitore dà luogo a tutta la pena non solamente contro colui che commise tutta la contravvenzione, ma anche contro tutt'i suoi coeredi, i quali sono tenuti a questa pena per quella parte stessa in cui sono eredi; salvo il loro regresso contro l'autore della contravvenzione pel cui fatto si è pronun-

1186. Quando l'obbligazione principale contratta sotto una pena è divisibile, non incorre nella pena se non quello erede del debitore, che contravviene, e per la parte sola cui era tenuto: nè vi è azione contra coloro che l'hanno eseguita.

V. l'art. 1173.

Questa regola ammette eccezione, allorchè essendo stata apposta la clausola penale ad oggetto che non si possa dividere il pagamento, un coerede abbia impedito che l'obbligazione venisse nel tutto adempita: in tal caso può esigersi da esso la pena intera, e dagli altri eredi la sola porzione, salvo a questi il regresso (1).

---

ziata la pena, per essere indennizzati. Uno, per esempio, mi à accordato una servitù di passaggio sul suo fondo, sotto pena di mille ducati di danni-interessi in caso d'inadempimento. Se uno degli eredi del mio debitore mi chiude il passaggio, sebbene contro la volontà de' suoi coeredi, l'intera pena di mille ducati si è incorsa, e la sarà contro ciascuno degli eredi del mio debitore, i quali tutti ne saranno tenuti in proporzione della rispettiva quota ereditaria, ed anche ipotecariamente per l'intero, laddove il defunto avesse ipotecato per sicurezza i beni poscia divisi tra gli eredi, art. 794 e 2000; imperciocchè ciò che forma l'oggetto dell'obbligazione primitiva, essendo indivisibile perchè non suscettibile di parti (art. 1170), la contravvenzione a quest'obbligazione commessa da uno degli eredi del debitore, è una contravvenzione all'obbligazione intera: essa dee in conseguenza fare incorrere nell'intera pena tutti coloro che vi sono tenuti com' eredi di quel debitore il quale erasi obbligato a questa pena, in caso di contravvenzione. Tal era la decisione della l. 4, § 1, e della l. 85, § 3, ff. *de V. O.* Pothier, *obligat.*, n. 356.

La citate leggi non decidevano se il creditore potesse agire per l'intero contro l'erede che avea contravvenuto all'obbligazione, e perciò si elevarono de' dubbi sotto l'impero dell'antica giureprudenza. L'art. in esame à deciso questa quistione per l'affermativa, autorizzando il creditore ad agire *per l'intero* contro l'erede contravventore; e questo era la dottrina di Pothier, *obligat.*, n. 356, fondata sulla ragione. Imperciocchè, essendo l'erede contravventore tenuto ad indennizzare i suoi coeredi delle porzioni cui sono obbligati verso il creditore, è egli indubitatamente il debitore della pena pel totale; e per conseguenza, ad oggetto di evitare un circuito di azioni, il creditore dev'essere ammesso a domandargli la pena, non solo per la sua parte, ma per quella anche de' suoi coeredi, che da lui dovrebbero essere indennizzati.

II. Bisogna per le stesse ragioni di sopra esposte decidere, che se la contravvenzione ad una obbligazione indivisibile è avvenuta per fatto di più eredi, ciascuno di essi vi è tenuto per l'intero; perciocchè la contravvenzione di più coeredi non diminuisce la colpa di ciascuno: *Nec qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati consortem habuit: multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat.* Molineo, *tract. de divid.*, parte 3, num. 148; Pothier, *obligat.*, n. 358.

III. Da ultimo è da osservarsi, che tutto ciò che questo articolo stabilisce riguardo agli eredi del debitore di una cosa indivisibile, può essere applicato egualmente riguardo a più debitori principali, i quali abbiano insieme senza solidalità contratta una obbligazione indivisibile e sotto una pena; la contravvenzione fatta da uno di essi obbliga gli altri alla prestazione della pena, ciascuno per la sua parte virile, salvo il loro regresso; ed obbliga pel totale quello che l'ha commessa. Quando la contravvenzione fu commessa da più, obbliga tutti solidalmente. Pothier, *obligat.*, n. 359.

(1) L'erede in parte di colui che à contratta sotto una clausola penale una obbligazione divisibile, può contravvenire a questa obbligazione per la parte di cui è erede, o pel totale. Nel primo caso, l'erede avendo contravvenuto soltanto per la parte alla quale egli vi è tenuto, dev'essere tenuto egualmente alla pena, soltanto per questa parte. I suoi coeredi, che lungi dal contravvenire ad una tale obbligazione, vi hanno dal canto loro soddisfatto, non possono essere tenuti alla pena, perciocchè essendo l'obbligazione divisibile, ed avendo essi soddisfatta l'obbligazione principale, il creditore non può esigere la loro parte nella pena, non potendo insieme esser pagato dell'obbligazione principale e della pena. È questo il senso del primo comma dell'art. in esame, tratto da Pothier, *obligat.*, n. 362, dove à sviluppato le dottrine degl'interpetri sulla conciliazione della l. 4, § 1, ff. *de Verb. obligat.*, con la l. 5, § 4 dello stesso titolo.

Nel secondo caso, dubitavasi anticamente: 1.° Se la pena era incorsa pel totale da questo erede; 2.° Se gli altri coeredi incorrevano nella pena per le loro parti ereditarie. Pothier, *obligat.*, n. 362 esaminò a fondo siffatte quistioni, risolvendole per l'affermativa. Questa dottrina di Pothier à servito di base al secondo comma dell'art. in esame.

CAPITOLO V.

Della estinzione delle obbligazioni.

1187. Le obbligazioni si estinguono (1)

V. gli art. 1188 s. — col pagamento;
1225 s. — colla novazione;
1236 s. — colla remissione volontaria;
1245 s. — colla compensazione;
1254 s. — colla confusione;
1256 s. — colla perdita della cosa;
1258 s. — colla nullità o colla rescissione;
1136 s. — per effetto della condizione risolutiva spiegata nel precedente articolo (2);
2125 s. — e colla prescrizione, che farà il soggetto di un titolo particolare.

SEZIONE I.

Del pagamento.

§ I.

Del pagamento in generale (3).

V. gli art. 1062, 1085, 1087, 1330, 1331, 1778, 1839.

1188. Ogni *pagamento* suppone un debito.

Ciò che fu pagato senza esser dovuto, è soggetto a ripetizione.

La ripetizione non si ammette riguardo alle obbligazioni naturali che si sieno volontariamente adempiute (4).

1189. Le obbligazioni possono essere estinte col pagamento fatto da qua-

---

(1) Oltre i casi qui enumerati, può aggiungersi, come causa di estinzione dell'obbliga-
zione, l'abdicazione della cosa obbligata, ogni qual volta l'obbligazione è puramente rea-
le. Così il terzo possessore di un immobile gravato d'ipoteca, non è obbligato al pagamento
che per ragione del possesso, e quindi sino a che l'immobile rimane presso di lui. Perciò
rilasciando il fondo, viene liberato dall'obbligazione, perchè non era in sua persona che
devea, ma l'immobile, *non homo debet, sed res*, dice la l. 6, § 2, ff. *si servit. vindic.* Toul-
lier, t. 3, n. 347 e 348; Delvincourt, t. 3, tit. 5, nota 247.
(2) Sostituisci alla parola *articolo* quella di *capitolo*, poichè della condizione risolutiva
si è parlato nel capitolo precedente, e propriamente negli art. 1136 e 1137.
(3) Chiamasi in generale *pagamento*, ogni maniera di soddisfare all'obbligazione con-
tratta, poichè tutto ciò che discarica il debitore sta in luogo di pagamento. Ciò che i la-
tini energicamente esprimevano con la parola *solvere*, mentre l'obbligazione ligando il de-
bitore, il pagamento non fa che *scioglierlo* dal ligame contratto. *Liberationis verbum
eandem vim habet, quam solutionis*, l. 47, ff. *de verb. signif.* — SOLUTIONIS *verbo satis-
factionem quoque omnem accipiendam placet*, l. 176, ff. *de verb. signif.* In questo sen-
so quindi presa la parola *pagamento*, comprende tutt'i modi di estinguere le obbligazioni,
e perciò si può, sotto la parola *pagamento*, comprendere la *compensazione*, l. 3, ff. *de
compensat.*; — la *delegazione*, l. 8, § 3, ff. *ad Vell.* e l. 18, ff. *de fidejus.*; — la *novazio-
ne*, l. 1, ff. *de novat.*; — il *giuramento*, l. 27 e 40 ff. *de jurejurando*; — la *cosa giudicata*
che pone termine alla lite, l. 1, ff. *de rei judic.*

Ma i riferiti modi di estinguere le obbligazioni, hanno le loro regole particolari che
sono spiegate nelle sezioni seguenti di questo capitolo. Il *pagamento* adunque è in questa
sezione preso nel senso speciale di estinguer l'obbligazione, o conseguando la cosa pro-
messa, se l'obbligazione consiste *in dare*, l. 52, ff. *de solut.*; o con eseguire ciò che il de-
bitore promise, se l'obbligazione consiste *nel fare*: *solvere quoque dicimus eum qui fecit,
quod facere promisit*, l. 176, ff. *de verb. signif.* Vinnio, Inst. *quib. modis tollitur obliga-
tio*, § 1, n. 1.

(4) Vedi le osservazioni agli art. 1330 e 1331.

lunque persona che vi abbia interesse, come da un obbligato o da un fidejussore.

V. gli art. 1204, n. 3.°, e 1886.

Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non abbia interesse, se questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, o se, agendo in nome proprio, non lo faccia per subentrare ne' diritti del creditore (1).

V. gli art. 1202, 1329 ll. cc., e 157 l. di eccez.

1196. L' obbligazione di fare non può adempirsi da un terzo contra la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che venga adempiuta dal debitore medesimo (2).

V. gli art. 1096, 1609, 1641.

---

(1) Non è necessario, perchè il debitore venga liberato dalla sua obbligazione, che sia egli o il suo mandatorio che paghi il creditore. Ogni persona che abbia interesse che l'obbligazione sia estinta, come un fidejussore, un coobbligato, può eseguire il pagamento, ed il coobligato o il fidejussore che paga è di pieno dritto surrogato nelle ragioni del creditore, art. 1204, n. 3.°

Nè soltanto un coobligato, o un fidejussore o altro interessato, ma anche un terzo che non abbia interesse, può pagare pel debitore, *se non lo faccia*, dice il 2.° comma dell'art. in esame, *per subentrare ne' dritti del creditore*, per la ragione che in tal caso non vi sarebbe estinzione, ma traslazione di obbligazione. Quando dunque un terzo non interessato intende col pagamento liberare il debitore e non già esser subentrato nelle ragioni del creditore, può pagare all' insaputa ed anche contro la volontà del debitore: *nec interest quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive* SCIENTE, *sive* IGNORANTE *debitore*; *vel* INVITO EO, *solutio fiat*; Inst. princ. *quib. mod. tollitur obligat.*, e così decidono le ll. 39, ff. *de negotiis gestis*, 23, 40 e 53 ff. *de solut.*, bellamente ravvicinate ed illustrate da Vinnio sù detto tit., n. 9. Questo acuto giureconsulto osserva sul proposito (per ciò che riguarda il dritto che à il terzo che à pagato pel debitore, di chiedere da costui il rimborso), che se il terzo à pagato contro la volontà del debitore, non à alcun' azione contro il debitore a ripetere ciò che à pagato, l. 40, ff. *mandati*, e l. ult., C. *de negotiis gestis*; se il pagamento si è fatto con la intelligenza del debitore, à contro costui l' azione *mandati*, l. 6, § 2, l. 20, § 1, ff. *mandati*, art. 1870; e se finalmente il pagamento si è eseguito all' insaputa del debitore, à contro questi l'azione *negotiorum gestorum*, l. 43, ff. *de negotiis gestis*; art. 1329; Toullier, t. 7, n. 12.

Gli antichi giureconsulti proposero la quistione, se il creditore poteva rifiutare il pagamento che gli veniva offerto dal terzo che non avea alcuna facoltà per trattare gli affari del debitore, nè verun interesse a soddisfare il debito. Vinnio (princ. Inst. *quib. mod. tollit. obligat.*, n. 10) rispondeva, che quando il creditore non era interessato a ricevere direttamente il pagamento dal debitore, non poteva ricusare la offerta, perciocchè al creditore interessa di esser pagato, e non già chi è colui ch' esegue il pagamento; e per conseguento il rifiuto autorizzava l'offerente al deposito della somma, l. 9, C. *de solut.* E Pothier (*obligat.*, n. 500) prendendo argomento dalla l. 72, § 2, ff. *de solut.* che decide, che le offerte di pagamento che una persona qualunque faccia al creditore in nome suo o senza saputa del debitore, costituiscono questo creditore in mora, non che dalla ordinanza del commercio del 1673 (*la cui disposizione è ripetuta nell'art. 157 leg. di eccez.*), stabilì la seguente regola: — « Le offerte di ricevere il pagamento di ciò ch' è dovuto, fatte da » qualsivoglia persona al creditore in nome del debitore sono valide ed atte a costituire » in mora il creditore, allorchè questo pagamento interessa il debitore; come sarebbe » quando le offerte sieno fatte per arrestare le istanze già iniziate dal creditore, o quan» do sien fatte per togliere il corso agl' interessi, o per estinguere le ipoteche. Ma se l'of» ferto pagamento non portasse alcun vantaggio al debitore, o non avesse altro oggetto » che di fargli mutar creditore, allora simili offerte non deggiono valutarsi per alcun » conto. » — Gli scrittori moderni trovano conforme a' principi del codice siffatta regola: Merlin, rep., v. *paiement*, n. 1, e v. *subrogat.*, *de personne*, sez. 2, § 8, n. 15; Toullier, t. 7, n. 11.

(2) Il principio stabilito nell'art. precedente, che le obbligazioni possono estinguersi anche da chi non vi abbia interesse, non si applica in generale che alle obbligazioni di dare qualche cosa, poichè al creditore non importa per nulla che sia Tizio e Cajo che gli dà la cosa dovuta, purchè glielo si dia effettivamente: ma non è lo stesso a riguardo di una obbligazione che consiste nel *fare* qualche cosa, quando le qualità personali di chi si è obbligato sono state prese in considerazione. In tal caso l'obbligazione non può essere adempita da un altro, a meno che il creditore non vi acconsenta, l. 31, ff. *de solut.* Conseguentemente, il creditore appena giustifica un interesse onde il fatto sia adempito da colui, a cui peso è l'obbligazione, è autorizzato a ricusar l' offerta di un altro, ancorchè colui che la fa

V. l'art. 1078.

1191. Per pagare validamente, è necessario esser proprietario della cosa data in pagamento, ed esser capace di alienarla (1).

V. gli art. 1095, 1143, 1332, 1334.

Nondimeno non si può ripetere il pagamento di una somma di danaro o di altra cosa che si consumi coll'uso, contra il creditore che l'abbia consu-

---

avesse interesse per la estinzione di un debito. Così, quando un artista à impreso a costruire una filanda o altra simile machina, ed à dato un fidejussore per sicurezza della sua obbligazione, il fidejussore quantunque interessato alla soddisfazione del debito, non sarebbe ammesso ad offrire una machina da lui costruita; e questa limitazione varrebbe anche per lo condebitor solidale, se si trattasse di una cosa nella quale il talento o la riputazione di uno, de'condebitori specialmente designato, fosse stato preso in considerazione. Vedi la pag. 272, nelle quistioni, n. 1; Pothier, *obligat.*, n. 501; Pardessus, *droit commerc.*, n. 216.

(1) Nel dritto romano, considerandosi il pagamento come un'alienazione, si richiedeva, per la validità del pagamento medesimo: 1.° che il debitore fosse proprietario della cosa data in pagamento, altrimenti non ne avrebbe trasferita la proprietà al creditore, per la regola *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*, l. 54, ff. *de reg. jur.*; 2.° che il debitore dovesse avere la libera amministrazione de' suoi beni, l. 42, ff. *de solut.*, così che gl' incapaci, come i pupilli, le donne maritate, i condannati non pagavano validamente, l. 14, § ult. ff. *de solut.*, § 2, Inst. *quib. alienare licet vel non*. Dalle quali leggi, Pothier (*obligat.*, n. 495 e 496) stabilì la regola, che per pagare validamente bisogna esser proprietario della cosa data in pagamento, ed avere la capacità di alienare; e questa regola trovasi sublimata in legge da questo primo comma dell' art. 1191, su cui conviene indispensabilmente osservare:

1.° Che se si volesse intendere assolutamente, secondo la generalità de' termini dell'art. 1191, la regola, che per pagare validamente bisogna essere *proprietario* della cosa, sarebbe questa regola in aperta contraddizione con le altre disposizioni del codice. Imperciocchè nelle obbligazioni di dare, oggi il creditore diventa proprietario della cosa per effetto della sola convenzione, art. 632, 1092, 1428, e quindi alla scadenza il creditore non fa che reclamare la cosa sua, ed il debitore non consegna al creditore, che la cosa di cui questi era di già divenuto proprietario. Similmente, se il debito consiste nella restituzione di una cosa di cui il debitore non à che la semplice detenzione, come p. e., se trattasi di restituire una somma depositata presso il debitore defunto, la restituzione è al certo valida, quantunque fatta da un solo degli eredi, senza il consenso degli altri. In conseguenza bisogna intendere il principio in questo articolo consacrato, così: che il debitore, per esser valido il pagamento, deve rendere colui che lo riceve, proprietario delle cose consegnate, per conseguire le quali non avea il creditore, che una semplice aziona personale. Così nelle obbligazioni di dare un cavallo, il pagamento consiste nel fare acquistare al creditore un cavallo, per disporne come meglio gli piace: or non potrebbe il debitore estinguere quest'obbligazione, con consegnare un cavallo di un terzo, datogli momentaneamente a titolo di comodato. Del pari il debitore di una somma di danaro, non potrebbe offrire al creditore un capitale sequestrato, e di cui per effetto del sequestro non à la libera proprietà. Sebbene in questi casi il pagamento non sarebbe valido, perchè la proprietà non è stata trasferita nel creditore, non è questi tuttavia ammesso a domandare al suo debitore quanto gli dee, sino a che ritiene in sua mano la cosa; fa d' uopo che la cosa gli sia stata evitta, oppure offra di restituirla al debitore. Su questi principî convengono Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 250; Toullier, t. 7, n. 6; Duranton, t. 12, n. 26.

2.° Che l'altra condizione, per la validità del pagamento, richiesta dall' art. in esame, di essere cioè il debitore *capace di alienare*, non deve neanche assolutamente e secondo la generalità delle espressioni intendersi. Imperciocchè non è necessario di avere la capacità di alienare per pagare un debito legittimo ed esigibile, mentre non aliena chi paga un debito esigibile, ma esegue una obbligazione ed evita spese di procedura. Un minore quindi, una donna maritata, un interdetto che avessero pagato un debito, non potrebbero chiedere con la *condictione indebiti* la somma pagata. Ma se al debito pagato dall' incapace potevan opporsi eccezioni di nullità o di prescrizione, anche dopo il pagamento competono all' incapace le azioni di nullità, art. 1258 e 2128. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 250; Toullier, t. 7, n. 7; Duranton, t. 12, n. 27.

Da ciò che abbiamo detto, che la incapacità di alienare rende invalido il pagamento quando il credito può ammettere delle eccezioni, ne consegue che sono nulli i pagamenti de' debiti commerciali non iscaduti fatti dal fallito ne' dieci giorni che precedono il fallimento, art. 438 *leg. di eccez.* Per la stessa ragione, sono nulli tutti i pagamenti fatti dal fallito, dopo l'apertura del fallimento, perciocchè spogliato essendo dell' amministrazione de' suoi beni (art. 434 *l. di eccez.*), offenderebbe i diritti de' terzi pagando un creditore in pregiudizio degli altri.

mata in buona fede, quantunque il pagamento sia stato fatto da chi non era proprietario, o non era capace di alienarla (1).

1192. Il pagamento dee farsi al creditore, o a persona che sia da lui, o dal giudice, o dalla legge, autorizzata a riceverlo.

V. l'art. 1809.

Il pagamento fatto a colui che non abbia facoltà di riceverlo pel creditore, divien valido, quando costui lo ratifichi o ne abbia profittato (2).

V. gli art. 1868, 1892.

---

(1) I. Ecco come Pothier (*obligat.*, n. 497) motiva questa disposizione presa dalla l. 14, § ult. ff. *de solut.* — « La ragione di questa disposizione consiste in ciò, che la consumazione fatta in buona fede della somma di danaro o di simile altra cosa che al creditore venne pagata, equivale alla traslazione della proprietà di questa cosa. In fatti la traslazione di proprietà non avrebbe dato al creditore niente di più: egli à usato di questa cosa, e l'à consumata, come lo avrebbe fatto se gliene fosse stata trasmessa la proprietà: egli non è più soggetto alla ripetizione della somma di danaro o di altra cosa che à consumata in buona fede, come se fosse divenuto il vero proprietario; poichè questa cosa che cessò di esistere presso di sè senza sua colpa, non può essere contro di lui più revindicata, non potendo aver luogo la revindicazione che contro il possessore, o contro chi cessò di maliziosamente possedere, l. 27, § 3, ff. *de rei vindic.*, l. 1, Cod. *ubi in rem actio* ».

In conseguenza, colui la cui cosa è stata impiegata per soddisfare il debito di un altro, non avrebbe dritto di revindicarla dalle mani della persona che l'à ricevata in buona fede, e che l'à consumata con l'uso. Eppure tal principio non è di un'applicazione facile nel commercio, purchè non si supponga l'ipotesi che colui che riceve sappia di esser pagato con una cosa rubata. Se uno che à in deposito mercanzia o effetti di commercio di un altro, se ne servisse per conservare mercanzie della stessa specie vendute, ovvero se girasse a favore de' suoi creditori gli effetti ch'è incaricato di negoziare o di esigere, il legittimo proprietario non sarebbe ammesso a ripetere tali mercanzie o effetti, quantunque quegli che le à ricevute non le avessè consumate. L'interesse del commercio dee prevalere ad ogni altra considerazione, dovendo il deponente imputare a se stesso di aver riposta ogni fiducia, in un uomo che n'era indegno. Pardessus, *droit commerc.*, n. 209.

Sembrerebbe risultare dalla disposizione dell'art. in esame limitata alle cose *fungibili*, che il pagamento fatto da chi non era proprietario di una cosa mobile non fungibile, darebbe dritto al vero proprietario di agire in revindicazione contro il creditore, quantunque l'abbia ricevuta in buona fede. Per conciliare quindi questa disposizione con la regola stabilita nell'art. 2185, *che in fatto di mobili il possesso vale per titolo*, bisogna dire che alla regola in quest'ultimo articolo stabilita, vi sono due eccezioni, cioè quando la cosa è stata *perduta o rubata*, ne' quali due casi si ammette la revindicazione ne' tre anni. Or il caso del 2.° comma dell'art. 1191 è quello d'impedire la revindica, se il debitore con la cosa fungibile perduta o rubata à pagato il creditore che l'à consumata in buona fede; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 251; Duranton, t. 12, n. 30.

II. Ci rimane a sapere quando può dirsi che una somma di danaro o altra cosa fungibile si è consumata.

Le cose fungibili, come sono le derrate, si consumano fisicamente con l'uso che se ne fa, e si consumano civilmente con l'alienazione che ne fa il creditore, cui sono state date in pagamento.

In quanto al danaro, si conveniva dagli antichi interpetri, che la consumazione fisica avveniva con la fusione delle moneta, togliendone la impronta legale. Ma sulla consumazione civile grav' interpreti sostenevano esservi consumazione civile, allorchè le monete si erano in modo miste alle proprie, che non potevansi più da queste distinguere; era questa la dottrina di Donello sulla l. 11, § ult. ff. *de rebus creditis*, e di Vinnio sul § 2, Inst. *quibus alienare licet vel non*. Ma Gotofredo sulla l. 9, § 2, ff. *de auct. tut.* insegnava, che le monete si reputavano parimente consumate, quando colui cui erano numerate, le dava in pagamento ad altra persona. Sotto l'impero del codice non si direbbe certamente consumato il danaro quando si è misto a quello del creditore, in modo da non potersi riconoscere; perciocchè ora non si guarda nella moneta corrente che il valore, e viene reclamata *non tanquam corpus*, ma come rappresentante un valore. Duranton, t. 12, n. 33.

(2) Per la validità del pagamento, la legge, dopo di avere stabilito da chi debb'esser fatto, à dovuto determinare a chi debb'esser fatto. Affinchè il pagamento produca la liberazione, è necessario che sia fatto al creditore, o a chi à per lui facoltà di riceverlo. Per procedere quindi con chiarezza a' sviluppamenti che richiede un principio così generalmente enunciato, noi suddivideremo questa nota in 4 §. Parleremo nel primo del paga-

mento fatto al creditore; nel secondo, del pagamento fatto a colui che à dal creditore facoltà di ricevere, e del pagamento fatto ad un terzo indicato nella convenzione; nel terzo, del pagamento fatto alle persone che dalla legge o per disposizione del magistrato ànno la facoltà di riceverlo; nel quarto, della convalida del pagamento fatto a chi non avea nè qualità, nè facoltà di riceverlo. Parleremo nella nota 1, pag. 332, del pagamento fatto al possessore del credito.

I.

Del pagamento fatto al creditore.

I. È un principio inconcusso, che per potere ricevere un pagamento, bisogna avere la liber'amministrazione de' propri beni, l. 12, ff. *de solut.*; Pothier, *obligat.*, n. 504. Conseguentemente non è valido il pagamento fatto:

1.° Al minore non emancipato ch'è incapace di amministrare i propri beni, art. 291, 873 e 1078. Il minore emancipato, cui vuole farsi un pagamento di un capitale dev'essere assistito dal curatore, art. 405.

2.° All'interdetto o a chi è sottoposto ad un amministratore provvisorio, non può farsi un pagamento, art. 432, e t. 1, nota 2, pag. 121. Imperlanto se colui che si fosse obbligato verso una persona capace in tempo dell'obbligazione, gli facesse nella scadenza un pagamento di buona fede e nell'ignoranza del suo cambiamento di stato, la liberazione non potrebbe mettersi in controversia, arg. l. 18 e 32, ff. *de solut.*, arg. dell'art. 1880. Vedi la pag. 329 in fine, e 330.

3.° Il condannato alle pene criminali de' ferri, o della reclusione sono interdetti, e quindi incapaci, art. 16 *leg. pen.* Ma prima che la condanna passasse in cosa giudicata, gl'imputati non sono spogliati dell'amministrazione de' loro beni, e quindi possono ricevere un pagamento; altrimenti si vedrebbero privi de' mezzi di far prevalere la loro innocenza: *reo criminis postulato, interim nihil prohibet recte pecuniam a debitoribus solvi; alioquin plerique innocentium necessario sumptu egebunt. Sed nec illud prohibitum videtur, ne a reo creditori solvatur*, l. 41, e 42, ff. *de solut.* Domat, lib. 4, tit. 1, sez. 3, n. 9; Voet, tit. *de solut.*, n. 2; Toullier, t. 7, n. 16.

È fuori controversia, che se il debitore che contrattò col condannato quando non era colpito da condanna, lo pagasse dopo la condanna, nell'ignoranza del suo cangiamento di stato, è liberato; l. 32, ff. *de solut.*

Sul pagamento fatto al condannato dal debitore che à scienza della condanna, crede Duranton, t. 12, n. 37, che costui non sarebbe ammesso a domandare un secondo pagamento, poichè *nemo ex delicto debet consequi emolumentum*. Questa dottrina non ci sembra esatta, e ci sembra altresì inapplicabile la invocata massima. Pronunziando la interdizione del condannato, la legge à considerato che il luogo della pena non deve divenire un luogo di divertimento, e perciò à spogliato il condannato dell'amministrazione de' suoi beni. Ha altresì considerato il legislatore, che un uomo è in una infelice condizione, solo perchè è condannato, e lo à spogliato dell'amministrazione de' beni anche per impedire la sua rovina, poichè facilmente potrebbe abusarsi della sua posizione. Ci sembra quindi inapplicabile la massima *nemo ex delicto debet consequi emolumentum*, mentre non è il delitto del condannato che gli dà dritto a provocare la nullità del pagamento, ma è la legge che ne pronunzia la nullità per la colpa di chi sapeva che non poteva pagare ad un incapace. Da ultimo l'art. 1079 che dichiara la incapacità nell' interesse dell' interdetto, comprende nella sua generalità anche l'interdetto per causa di condanna. E la nostra opinione acquista maggior ragione, se la nullità venga opposta da' terzi o da' creditori del condannato: il pagamento fatto al fallito è per gli art. 434 e seg. *l. di eccez.* nullo, perchè si presume fatto in pregiudizio de' terzi; il condannato trovasi al certo in una peggior condizione del fallito.

4.° I sottoposti ad un consulente giudiziario non possono ricevere il rimborso de' capitali, senza l'assistenza del consulente; art. 436.

5.° I crediti delle donne maritate sotto il regime della comunione, non si possono riscuotere che dal marito, art. 1399. Lo stesso dicasi de' crediti della moglie maritata sotto la regola dotale, e che fanno parte della dote, art. 1368. — Il pagamento de' capitali che non fanno parte della dote, si dee fare alla moglie assistita dal marito, art. 206; ed il pagamento è anche valido, senza l'assistenza del marito, quando riguarda cose mobili che rientrano nell'amministrazione de' beni parafernali, art. 1389. — In quanto alla moglie separata di beni, può ricevere il pagamento di cose che si riferiscono ad atti di amministrazione, come sarebbero, i fitti de' fondi, le rendite de' capitali, il prezzo de' mobili, art.

1413. Ma non può ricevere le restituzioni de'capitali, il prezzo degl'immobili, senza l'assistenza del marito, art. 206.

6.° I falliti, non possono ricevere alcun pagamento, perchè sono spogliati dell'amministrazione del loro patrimonio, art. 434 *l. di ecces.*; che anzi sono invalidi i pagamenti de' debiti commerciali non iscaduti, fatti ne' dieci giorni che precedono il fallimento, art. 438 *leg. di ecces.*

In tutt'i riferiti casi d'incapacità cui trovasi il creditore, il pagamento deve farsi a chi è dalla legge incaricato di ricevere per lui il pagamento; su di che vedi il § 3 di questa nota, pag. 329 e 330.

II. Quando il creditore non è colpito da alcuna incapacità, il pagamento deve a lui farsi. Se più persone sono creditrici solidali, o se il debito contratto senza solidalità attiva fusse di una cosa indivisibile, il pagamento può validamente esser fatto ad una di esse, finchè il debitore non è stato prevenuto dall'azione dell'altro, art. 1151. Tranne questo caso, il debitore non potrebbe validamente liberarsi, se non pagando a ciascuno quel che la convenzione le attribuisse, o in mancanza di convenzione, la sua quota virile: vedi la nota 3, pag. 295, e nota 1, pag. 309.

L'usufruttuario sta in luogo del proprietario, e può ricever solo il rimborso de' capitali. Proudon, *de l'usufruit.* n. 1044.

Il dritto del creditore dividendosi tra i suoi eredi, art. 1173, il debitore non può pagare validamente ad un solo di essi, ma a ciascuno per la sua quota e porzione; a meno che non siesi nel contratto stipulato che si pagherebbe l'intero debito ad un solo di essi: vedi la nota 2, pag. 310. Pothier, *obligat.*, n. 502; Toullier, t. 7, n. 17; Duranton, t. 12, n. 35.

Non debbesi perder di vista una osservazione. Il debitore non può pagare il creditore del suo creditore, senza la volontà del creditore diretto, l. 12, C. *de solut.*, ammeno che il debitore non abbia agito utilmente col fine di ben fare pel suo creditore, ed abbia costui tratto profitto da questo pagamento, arg. l. 6, ff. *de doli mali excep.*, arg. dell'art. 1192. Non debbesi però da ciò dedurre che il subinquilino debbe pagare l'inquilino, e non pagherebbe validamente al locatore; perciocchè il locatore tenendo obbligati gli effetti del subinquilino, art. 1599, costui è interessato, per liberarsi da questa obbligazione, di pagare direttamente il proprietario; l. 11, § 15, ff. *de pignoratitia actione*, l. 24, § 1, ff. *locati.* Voet, *ad pandectas*, tit. *de solut.*, n. 7.

II.

Del pagamento fatto a colui che à dal creditore la facoltà di ricevere.

I. Il pagamento fatto a colui che il creditore à incaricato di ricevere per lui, si reputa fatto al creditore medesimo: *quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset*; l. 180, ff. *de reg. jur.* — Da questa regola consegue:

1.° Che poco importa al debitore che, colui il quale à la facoltà di ricevere un pagamento da un creditore capace di amministrare i suoi beni, sia un minore, o altra persona incapace. Il pagamento non è meno valido, perchè è la persona di colui che à data la facoltà, che debb'essere considerata, e non quella che à ricevuta la facoltà; l. 4, C. *de solut.*, art. 1862; Pothier, *obligat.*, n. 507; Toullier, t. 7, n. 18; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 252; Duranton, t. 12, numero 47.

2.° Che si può pagare validamente, non solo a colui che à la facoltà dal creditore, ma ancora a colui che à facoltà da una persona che rappresenta legalmente il creditore, sia che abbia il mandato dalla legge, o dalla giustizia. Così, allorchè il creditore è un minore o una donna maritata, il pagamento fatto a colui che à la facoltà dal tutore, o dal marito, è valido; l. 96, ff. *de solut.*; Pothier, *obligat.*, n. 508; Duranton, t. 10, n. 47.

II. Premesse queste considerazioni generali, passiamo a vedere quando avviene che una persona à facoltà di ricevere pel creditore. Questa facoltà si comunica per effetto di un mandato espresso o tacito.

Facoltà di ricevere per effetto di un mandato espresso. — Può validamente ricevere un pagamento colui che ne à ricevuto la facoltà, poco importando che il mandato sia speciale, o generale di amministrare gli affari del creditore, *omnium negotiorum*, l. 12, ff. *de solut.*; Pothier, *obligat.*, n. 513; Toullier, t. 7, n. 20; Duranton, t. 12, n. 47. — Solo però devo badarsi:

1.° Che chi paga al mandatario, deve accertarsi della verità del mandato, perciocchè se è falso il titolo che si esibisce al debitore, non rimangono perciò pregiudicate le ragioni del creditore che conserva il dritto di farsi pagare; importava al debitore di accertarsi

della verità del titolo; l. 34, § 4, ff. *de solut.*; Fabro, *conject.*, lib. 8, cap. 16, e Cod. lib. 8, tit. 3, *def.* 29; Olea, *de cessione jurium*, tit. 5, quaest. 9, n. 2; Voet, tit. *de solut.*, n. 3; Pothier, *obligat.*, n. 510; Toullier, t. 7, o. 19; Duranton, t. 12, o. 48; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 251.

Pardessus n. 197, e Duranton, *ibid.*, fanno però con ragione osservare, che se il titolo crediterio erasi consegnato ad un terzo, come, p. e., una cambiale, e colui che alla scadenza presentandosi al trattario, n'è divenuto proprietario per effetto di una falsa gira, il pagamento fatto in buona fede libera il debitore. È sempre però utile che il debitore, cui il possessore di una cambiale ne domanda alla scadenza il pagamento, si assicuri della sua qualità, verificando se sull'effetto esista un ordine in suo favore, e se è realmente la persona nell'ultima girata indicata.

Riguardo poi agli effetti pagabili *al latore*, è evidente che il debitore non può permettersi di contraddire i diritti e di verificare l'identità di colui che si presenta nella scadenza col titolo stesso; purchè opposizioni fondate sull'allegazione di un furto, o gravi sospetti rendano giusto un rifiuto che le circostanze sole farebbero valutare. Pardessus, *droit commerc.*, n. 198.

2.° Che il pagamento fatto al mandatario non è valido, che quando è fatto nell'epoca in cui il mandatario conservava la facoltà di esigere. Così, se il mandato limitato ad un certo tempo, trovasi spirato; se è stato rivocato, a meno che il debitore non abbia avuto conoscenza della rivocazione; se il mandante è morto, a meno che la morte non fosse nota all'epoca del pagamento; in tutti questi casi il pagamento sarà nullo; l. 12, 32, 34, 51, e 108, ff. *de solut.*, art. 1881; Pothier, *obligat.*, o. 510 e 511; Toullier, t. 7, n. 18; Duranton, t. 12, n. 47.

Mandato tacito di ricevere un pagamento.—Sonovi delle circostanze in cui il mandato di ricevere un pagamento è tacito. Così, per esempio, il titolo di credito di cui un usciere è latore per metterlo in esecuzione, equivale alla facoltà di riscuotere il credito, poichè non può procedere al pignoramento o ad altro atto di esecuzione di cui è parola nell'art. 646 p. c., che pel rifiuto del debitore di pagare: Pothier, *obligat.*, o. 513; Toullier, t. 7, n. 20; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 253; Duranton, t. 12, n. 50.—Quest'ultimo autore fa osservare, che se l'usciere non è latore di un titolo esecutivo, ma di un biglietto cui è incaricato d'intimare al debitore, non si reputa in questo caso di aver ricevuto il mandato tacito di ricevere il pagamento. E noi aggiungiamo, che, in quanto agli effetti commerciali che debbono protestarsi prima di convenire il debitore in giudizio, la consegna del titolo fatta al notaio o all'usciere pel protesto, importa il mandato tacito a ricevere il pagamento; perciocchè per constatare il rifiuto del debitore e che deve per l'art. 173 *leg. di eccez.*, registrarsi nel verbale di protesto, l'uffiziale ministeriale deve richiedere il pagamento al debitore, il quale à aperto il dritto di pagare ed evitare una contestazione.

Il patrocinatore o il procuratore *ad lites*, che il creditore à incaricato d'intentare un'azione contro il suo debitore, non à dritto di esigere il credito, e per conseguenza il debitore a lui non pagherebbe validamente; l. 86, ff. *de solut.*; Pothier, *obligat.*, n. 513; Toullier, t. 7, n. 21; Duranton, t. 12, n. 49; Delvincourt, t. 3, tit. 5, nota 253.

L'elezione di domicilio fatta con un precetto di pagare, non produce, per la persona in casa di cui il domicilio è stato eletto, una procura per ricevere la somma dovuta al creditore. Imperciocchè, quantunque sia vero che l'art. 674 p. c. permette di fare in questo domicilio offerte reali, ciò s'intende nel senso che se il creditore cui vengono fatte le offerte non si fa trovare in questo domicilio, il debitore à dritto di depositare la somma offerta. Arresto, della Cass. di Parigi de' 6 pratile anno XIII, in Merlin, rep., v. *domicile elu*, § 1, n. 4; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 253; Toullier, t. 7, n. 22.

Fu molto discussa dagli antichi giureconsulti la quistione, se il mandato di vendere o di affittare comprenda tacitamente quello di ricevere il prezzo della vendita o dell'affitto. In Italia fu agitatissima siffatta controversia, come può vedersi in de Franchis, dec. 699 cum de Luca. Ascoltiamone la discussione, presso gli scrittori eruditi, da Pothier, *obligat.*, num. 513: « Bartolo, egli dice, si è attenuto all'affermativa, ed è seguito dal Faebineo, II, *controv.* 94. Io trovo più plausibile l'opinione di Wissembach, *ad tit. ff. de solut.*, n. 14, il quale pensa che la procura di vendere non racchiuda quella di riscuotere il prezzo, ammeno che non sianvi circostanze che dian luogo a presumerla. La l. 1, § 12, ff. *de exercit. act.* sembrami decisiva per questa opinione. Ivi dicesi, che chi non è preposto sopra una nave che per patteggiare co' passaggieri il nolo del loro passaggio, non à facoltà di riceverne il prezzo. Non si può dire più formalmente che la procura di vendere o di locare non racchiuda quella di ricevere il prezzo. — Del resto possono talvolta rinvenirsi delle

circostanze in cui quegli cho à la facoltà di vendoro è presunto avere ancora quella di ricevorno il prezzo. Sc, p.es.,in una città vi fossero de'pubblici riveoditori che ànno per costume di portarc nallo caso quelle cose cho si vogliono vondero, e di ricevarne insiemo il prezzo da'oompratori, rimottondo io ad una di questo persone una oosa perchè sia vonduta, si reputa allora che io le abbio pur conferlto la facoltà di riceverne il prezzo ».

La medesima quistiono si è sotto l'impero del codice riprodotta. Toullier, t. 7, n. 23 e Delviacourt, lib. 3, tit. 5, nota 255, fauno una distinzione: se il mandato di vendere contiene quello di *dare un termine pel pagamento*, non si presume che il mandatario abbia eziandio quello di riscuotere il prezzo: debbesi por lo contrario, secondo essi, dire so la vendita è autorizzata a pronti contanti. Duranton, t. 18, n. 51, quantunque sembri a prima vista di allontanarsi da quosta dattrina, e di stabilira che il mandato di vendero gl'immobili non contenga quello di ricevero il prezzo, quando anche la vendita fosse senza dilaziono, in realtà poi vi si uniforma, poichè egli ammette che se la procura esprima positivamente di vendero a danaro contante, racchiude la facoltà di ricevere il prezzo.—Por ciò che riguarda la facoltà di vendero i mobili all'incanto, non si dubita cho induce essenzialmento quella di ricevere il prezzo, poichè la vendita all'incanto si fa a pronti contanti; e lo stesso debba dirsi nelle altre vendita de'mobili, ancho perchè oggi il possesso vale per titolo, art. 2185.—In quanto alla facoltà di affittare una casa o un territorio, i citati scrittori convengono, che questa facoltà non comprende quella di riscuotero i pigioni e gli estagli, salvo il caso, como si è detto nella pag. 327 in fine, di un mandato generale di amministraziona degli affari del mandante, e salvo parimenti il caso del mandato di amministrazione della cosa affittata o locata.

III. *Del pagamento fatto a chi è indicato nella convenzione.*—Qualcho volta si stipula in un atto, che il pagamento cui taluno si obbliga, potrà farsi ad una persona terza che si indica, e nelle leggi romane è chiamata *adjectus solutionis gratia*. In tal caso, il pagamento fatto a questa persona, libera incontrastabilmente il debitore.

La designazione fatta nel contratto, di una persona cui il debitore possa pagare, può avere per oggetto: 1.° L'interesse del creditore; 2.° L'interesse del creditore e del debitore; 3.° L'interesso di un terzo cui il pagamento viene richiesto come condizione della convenzione.

Nel primo caso, la persona indicata a ricevere il pagamento non è cho un vero mandatario del creditore, così che venendo a morire prima del pagamento, non può farsi a'suoi eredi, l. 55, ff. *de verb. obligat.*; l. 81, ff. *de solut.*—Nel secondo caso, il debitore à dritto di pagare alla persona indicata o a'suoi eredi, malgrado la volontà del creditore. Se, p. es., il venditore stipuli, vendendo un fondo, che il prezzo ne sarà pagato ad un tale, suo creditore, il compratore potrà validamente pagare, non solo alla persona stessa del creditore, ma benanche a'suoi eredi. La ragione si è, cho in questo caso, è assai meno la persona indicata, che la sua qualità di creditore ch'è stata considerata, per l'interesso cho il venditore avea cho il debito si soddisfacesse, e per quello cho avea il compratore di essor surrogato, giusta l'art. 1204, all'ipoteca del creditore.—Nel terzo caso finalmente, i contraenti possono rivocare ciò che al terzo si è promesso, sino a cho costui non abbia dichiarato di voler profittare della convenziono, giusta ciò che dicemmo nelle osservazioni all' art. 1075. V. Pothier, *obligat.*, n. 516 a 527; Toullier, t. 7, n. 24 e 25; Duranton, t. 12, n. 53.

III.

Del pagamento fatto alla persona incaricata dal giudice o dalla legge: obbligo del reimpiego.

I. *Persona destinata dal giudice.*—Bene spesso avviene che si controverte da taluni a chi di essi debbe farsi il pagamento, ed in tal caso il debitore non può pagare validamente, che a chi viene dal giudice ordinato. Così, p. es., il depositario di una cosa indivisibile, non può restituirla, in caso di discordanza degli eredi; che a colui cho dal giudice viene designato, art. 1811. Lo stesso dicasi se insorgesse difficoltà tra gli eredi o ricevere i documenti dell'eredità, art. 761. Nel caso di sequestro presso terzi, il sequestratario non può pagare cho a chi dal giudice vien definito; art. 1195 ll. cc., e 653 p. c.

II. *Delle persone destinate dalla legge a ricevere pel creditore il pagamento* Queste persone sono:

1.° Il padre o il tutore riceve validamente ciò ch'è dovuto a'suoi minori o all'interdetto, art. 291, 373 e 432. Secondo la l. 14, § 2, ff. *de solut.*, il pagamento fatto a colui che si trovava escluso o deposto dalla tutela, non era valido; ma Duranton, t. 12, n. 54, poggiandosi sugli art. 1193 e 1881, osserva con ragione, che il pagamento fatto in buona fede dal debitore che

è versato nelle mani del tutore, le cui facoltà eran terminate per una di quelle cause che i debitori non potevan facilmente prevedere, è valido.—E noi, in sostegno di questa opinione aggiungiamo, che il debitore che à giusta causa da ignorare la cessazione della qualità di tutore, è liberato, poichè niuno è obbligato a divinare, l. 29, § 2, ff. *mandati*, e per conseguente *culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit*, l. 31, ff. ad l. *aquiliam*. Si potrebbe obiettare, che colui che contratta col tutore rimosso, senza dubbio non obbliga i minori; come poi può obbligare i minori e liberare il debitore, il pagamento fatto al tutore che più non è tale? La risposta è facile. Chi contratta con un incapace non è scusato, perchè deve imputare a se medesimo di non aver conosciuto la condizione di colui col quale à contrattato volontariamente, l. 19, ff. *de reg. jur.* Ma quando il debitore fa un pagamento, è forzato a pagare per effetto dell'antecedente contratto, e per conseguenza quando à una giusta causa d'ignorare la condizione di colui cui fa il pagamento, merita di essere scusato: *an pretia rerum, quae sciebant esse pupillae, bona fide solvisse videatur matri, quae jus administrationis non habebat? ideoque, si hoc sciebant, non liberantur; scilicet si mater non sit solvendo*, l. 88, ff. *de solut.*

In mancanza del tutore, non si può pagare al tutore surrogato, il quale, mancando la tutela, non è surrogato nell'amministrazione de'beni del minore, ma deve far provvedere la tutela vacante: *art. 346; arr. della Corte Suprema de'4 aprile 1840.* — Se il tutore surrogato non fa procedere alla nomina del nuovo tutore, opina Duranton, t. 12, n. 54, che il debitore può, citando il tutore surrogato, domandare dal tribunale di essere autorizzato, a spese del tutore surrogato, a depositare nella cassa de'depositi la somma dovuta. A noi non sembrerebbe regolare siffatto procedimento; perciocchè l'art. 327 à preveduto il caso, che qualunque persona interessata può domandare la nomina di un tutore al minore che ne è sprovveduto. Il debitore quindi ch'è interessato ad eseguire il pagamento, sia per far cessare il corso degl'interessi (*), sia per altro motivo, deve domandare la nomina del nuovo tutore, ed à dritto di ripetere le spese fatte per questo procedimento dal tutore surrogato, cui incumbeva tal dovere. Il deposito nel modo proposto da Duranton, non libererebbe il debitore, nel caso di perdita; perciocchè l'offerta seguita dal deposito libera il debitore quando la offerta si è fatta al creditore, o a chi è per lui autorizzato. Dippiù, se si tratta di cose insuscettibile di deposito nella cassa pubblica, il debitore che farà, se non cura egli di far nominare al minore il tutore?

2.° Il protutore del minore riceve validamente i pagamenti che risguardano beni siti fuori il territorio del regno; art. 338.

3.° I curatori de'minori emancipati ed i consulenti non sono i mandatari legali, ma sono chiamati ad assistere i loro amministrati nel rimborso de'capitali, art. 405 e 436.

4.° Il marito riceve per la moglie, giusta ciò che abbiamo detto nel § 1 di questa nota, p. 326.

5.° Gl'immessi nel possesso de'beni di un assente, ricevono validamente il pagamento di ciò ch'era a costui dovuto; art. 131 e 140. E non essendosi provocata la immissione in possesso, il debitore che vuol pagare a colui ch'è scomparso, deve farlo intimare con le forme dell'art. 164 proc. civ. Duranton, t. 12, n. 58.

6.° Gli amministratori de'corpi morali e pubblici stabilimenti sono i mandatari legali a ricevere ciò che è dovuto al corpo morale i cui beni sono amministrati: art. 56 della legge del 12 dicembre 1816.

7.° Gli agenti ed i sindaci di un fallimento sono i mandatari legali del fallito. I primi ricevono le somme dovute al fallito, o dietro le loro ricevute che dovranno esser firmate dal commissario. I secondi ricevono legalmente gli effetti del fallito, e possono ancora coll'autorizzazione del commissario procedere all'esazione de'crediti del fallito: art. 455, 483 e 484, *leg. di eccez.*

8.° Il curatore all'eredità giacente à facoltà di ricevere i pagamenti: art. 732.

III. *Obbligo del reimpiego de'capitali che si pagano alle corporazioni ecclesiastiche, ai minori, agl'interdetti, non meno che de'capitali dotali.*—I debitori nel pagamento de'capitali di qualunque somma dovuti a corporazioni ecclesiastiche, a mense vescovili, a badie ed a benefizi, dovranno opporre la condizione del reimpiego, sotto pena di doppio pagamento a favore del corpo morale creditore. — Le formalità del reimpiego sono le seguenti. Per i

(*) Gl'interessi dovuti dal debitore continuano a decorrere, quantunque egli non avesse a chi pagare. Per liberarsi dal corso degl'interessi, non basta al debitore di fare una protesta, ma deve depositare la somma dovuta. Così era risoluta in Italia siffatta spinosissima quistione: de Franchis, dec. 227 cum de Luca.

1193. Il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del

V. gli art. 1332 e 1334.

capitali che sono al di sotto di duc. mille(*), dopo la deliberaziona del corpo ecclesiastico presa nelle legittime forme, e l'approvazione dell'Ordinario (in Sicilia, del Giudice della Monarchia), dovrà domandarsi la sovrana autorizzaziona, che deo essere impartita dietro il parere della Consulta. Per i capitali che sono al di sopra della somma di ducati mille, per seguirsi il reimpiego, oltre delle esposte formalità e della sovrana autorizzazione, si richiede l'omologazione del tribunale civile. *Articoli* 2 *e 5 del dec. del 1 dicembre 1833.*

In quanto al pagamento de'capitali appartenenti a'minori, agl'interdetti, o altre persone soggette a consulenti, non che de'capitali dotali, il decreto del 1 febbrajo 1845, stabilisce quanto segue:

« Veduti gli art. 291, 292, 375, 378, 381, 405, 420, 422, 434 delle *leggi civili* per l'amministrazione de'beni de'minori e degl'interdetti.

» Veduti i decreti de'23 di marzo 1833 e de'27 di febbrajo 1836 (*riferiti nel t.* 1, nota 5, p. 92, e nota 7, p. 110) intorno alle partite iscritte sul gran libro del debito pubblico appartenenti a persone di età minore, od interdetti o sommesso a consulente giudiziario;

» La sperienza avendo dimostrato necessario un provvedimento per la salvezza de'capitali dovuti alle persone testè indicate, non meno che de'capitali dotali;

» Abbiamo risoluto di *decretare, e decretiamo* quanto segue:

» Art. 1. I capitali appartenenti a'minori, agl'interdetti, o ad altre persone soggette a'tutori, agli amministratori, a'curatori, a'consulenti, saranno pagati col vincolo del reimpiego.

» La omissiona di questa condizione del pagamento non scioglierà il debitore, il quale sarà tenuto pagare nuovamente il debito.

» Nondimeno se il pagamento de' capitali facciasi agli eredi del creditore senza indicarne i nomi, la condiziono del reimpiego s'intenderà sottintesa per quei tra gli eredi che godono del diritto de'minori.

» Art. 2. I tutori, i tutori surrogati, gli amministratori, i curatori, i consulenti rispettivamente saranno risponsabili della sicurtà dell'impiego de'capitali delle persone contemplate nell'articolo primo.

» Quando il consiglio di famiglia proponga che tali capitali sieno invertiti in uso diverso dall'impiego, la deliberazione motivata del consiglio di famiglia sarà omologata dal tribunale della provincia, udito il pubblico ministero.

» Per coloro che sono sotto l'amministraziona del padre, basterà l'approvazione del tribunale, udito il pubblico ministero, per la inversione de'capitali.

» Art. 3. Gli agenti del pubblico ministero faranno esame della sicurtà, della utilità, delle condizioni dell'impiego. I tribunali provvederanno sulla requisitoria motivata del pubblico ministero come di ragione.

» Art. 4. Le disposizioni de'precedenti articoli saranno applicabili ancora a'capitali delle partite di rendita iscritta sul gran libro di proprietà de'minori e degl'interdetti, o di altri di sopra contemplati, le quali avvenga di rimborsarsi, od alienarsi. Gli agenti di cambio saranno risponsabili del pagamento del capitale sotto la condiziono del reimpiego.

» Art. 5. I capitali costituiti in dote, di cui non siasi convenuto nel contratto di nozze che passino in proprietà del marito, saranno soggetti alle disposizioni del presente decreto concernenti il vincolo del reimpiego, ed i modi come provvedere alla sicurtà dell'impiego. Dovrà constare nondimeno di essersi fatto noto a'debitori de'capitali la costituzione del capitale in fondo dotale.

» Art. 6. Allorchè la restituzione de'capitali, cui è stato provvisto nel presente decreto, si faccia ne' giudizii di graduazione, o di contributo, i giudici delegati per queste procedure, ed i cancellieri avranno l'obbligo di esprimere la condiziona del reimpiego, secondo le regole di sopra espresse, così nella nota di distribuzione, come nel mandato di pagamento rispettivamente, sotto pena de'danni ed interessi.

» Art. 7. Le somme depositate in banco, o nelle casse pubbliche sotto la condizione del reimpiego, non si pagheranno se non in virtù di un'ordinanza del Presidente del tribunale civile della provincia ove trovasi la cassa che dee farne il pagamento, udito il pubblico ministero.

L'ordinanza sarà scritta in continuaziona della deliberazione del tribunale.

(*) I tribunali civili mancano di giurisdizione a dare provvedimenti su capitali *infra* i ducati 1000. Avendo quindi un tribunale ordinato alla cassa di Ammortizzazione di rilasciarsi ad un luogo pio *col vincolo del reimpiego* un capitale di ducati mille, la Corte Suprema di giustizia con arresto del dì 5 giugno 1841 annullò *nell'interesse della legge* siffatta deliberazione.

V. gli art. 1266, 1798, 1862.

credito, è valido, ancorchè il possessore ne soffra di poi l'evizione (1).

1194. Non è valido il pagamento fatto al creditore, se questi fosse incapace a riceverlo; purchè il debitore non provi la versione a vantaggio del creditore (2).

V. gli art. 1252, ll. cc., e 647 e seg., p. c.

1195. Il pagamento fatto dal debitore al suo creditore in pregiudizio di un sequestro o di un atto di opposizione non è valido a riguardo de' creditori sequestranti o opponenti: questi a proporzione de' lor diritti possono astringerlo a pagare di nuovo; salvo in tal caso soltanto il regresso contra il creditore (3).

IV.

Della convalida del pagamento fatto à chi non avea nè facoltà, nè qualità per ricevere.

Il secondo comma dell'art. 1191, e l'art. 1194 indicano i modi co'quali può convalidarsi il pagamento invalidamente fatto.

1.° La ratifica del creditore rende valido il pagamento; l. 12, § 4, ff., e l. 10, C. *de solut.*; l. 24, ff. *de negotiis gestis*. Ed avendo la ratifica un effetto retroattivo, giusta la regola riferita nella citata l. 10, § 4, *rathiabitio mandato comparatur*, ne segue che il pagamento deve riputarsi valido sin dal tempo in cui venne fatto: Pothier, *obligat.*, num. 508. Per altro la ratifica non può pregiudicare i diritti delle terze persone; art. 1292.

2.° Il pagamento fatto al creditore incapace, o a chi non avea facoltà di ricevere pel creditore, diviene valido se il creditore ne abbia profittato, l. 58, § 2, ff. *de solut.*, art. 1194. È una massima di equità naturale, che niuno debbe arricchirsi col danno altrui, l. 206, ff. *de reg. jur.* Quindi, se il danaro pagato all'incapace o a chi non avea facoltà di ricevere pel creditore, à servito per pagare un creditore dell'incapace, che minacciava una espropria, il pagamento è certamente valido; l. 66, ff. *de solut.*

3.° In fine non si mette in dubbio, che se la persona la quale non avea facoltà di ricevere il pagamento, divien'erede del creditore, il debitore è validamente liberato; l. 96, § 4, ff. *de solut.*

(1) Eran queste anche le disposizioni del dritto romano (l. 55, ff. *condict. indebiti*, l. 44, ff. *de adquirenda haereditate*) fondata sul principio sacro del possesso; principio che reputa il possessore proprietario della cosa, finchè non ne sia evitto, ed anche dopo la revindicazione, sino al giudicato che pronunzia in favore del revindicante. Pothier, *obligat.*, n. 513; Toullier, t. 7, n. 26; Duranton, t. 10, n. 66.

In conseguenza dello stesso principio, il pagamento fatto all'erede putativo è valido: vedi nel t. 1, nota 4, pag. 287 e 288.

(2) Vedi in princ. di questa pagina.

(3) Il debitore può aver ricevute opposizioni all'esecuzione della sua obbligazione; egli dove lasciarne la valutazione a' giudici competenti, altrimenti si espone a' rischi di sentir annullare il pagamento nell'interesse di coloro che giungessero a far dichiarare ben fondata la loro opposizione.

Due cause principali possono produrre la opposizione ad un pagamento. Essa può esser fondata sul dritto di proprietà dell'opponente; tal è il caso in cui un mandante avendo ritirate le facoltà ad un mandatario ch'era incaricato di esigere o di ricevere un credito, vuol impedire che il debitore non paghi nelle mani di quest'ultimo nell'ignoranza in cui fosse della rivocazione del mandato, art. 1877. Similmente il depositario non può restituire al deponente le cose depositata in pregiudizio del terzo che gli à intimato un atto di opposizione, art. 1816.

La opposizione può esser parimenti fondata sul motivo, che l'opponente si pretenda egli stesso creditore della persona verso la quale si è contratto il debito, e fa uso del dritto del sequestro autorizzato dagli art. 647 e seg., e 905 p. c.

Vi sono nonpertanto de'crediti che non sono suscettibili di alcuna opposizione o sequestro. Bisogna quindi conoscere quali cose la legge dichiara insequestrabili, per dedurne che il sequestro su di esse, non impedisce al debitore di pagare.

La legge dichiara insequestrabili:

1.° Gli oggetti enumerati negli art. 671, 680 e 683 *proc. civ.*

2.° Le rendite delle mense vescovili sono insequestrabili per obbligazioni contratte dal Vescovo prima della sua elezione al vescovado: art. *2 del decreto de' 14 agosto 1840.*

3.° Le rendite de' beni costituiti per patrimonie sacro sone insequestrabili: art. 1 *del decreto del 1 ottobre 1842*.

4.° Le rendite de' benefici che tengon lungo di sacro patrimonie sono insequestrabili soltanto sino alla capienza della tassa patrimoniale ritenuta da' regolamenti in vigore in ciascuna diocesi del regno. — Rimane però salvo agl'interessati lo sperimento delle loro rispettive ragioni, secondo le leggi in vigore, contro i beneficiati per l'adempimento dello messe, o di altri pesi qualsivogliano cui si trovassero soggetti i beni costituenti i beneficii su enunciati. *Decreto de' 12 maggio 1843*.

5.° Le somme dovute a' maestri di posta durante il termine dal contratto non sono sequestrabili: *decreto del 1 novembre 1819*.

6.° I fondi addetti alle opere pubbliche provinciali: *leg. del 12 dicembre 1816*.

7.° Le rendite iscritte sul Gran Libro: *decreto de' 22 agosto 1815*.

8.° Le fedi di credito e polizze del banco delle due Sicilie, salva il caso di dispersione: *decreto de' 6 ottobre 1817*.

9.° Le schede de' notai esercenti: *artic. 100 della L. sul notariato de' 23 novembre 1819*.

10.° I bastimenti pronti a far vela: *art. 708 leg. di eccez*.

11. Sono insequestrabili presso le regie casse i soldi (*), le gratificazioni, le pensioni di giustizia e di grazia, gli assegnamenti su' ruoli provvisori, le liberanze a' corrieri di gabinetto, e tutte le prestazioni vitalizie e temporanee, le somme dovute agli appaltatori, salvo per questi l'eccezioni stabilite co' decreti del 1 novembre 1819 e 24 maggio 1822: *decreto del 9 febbraio 1824*. — Sono però eccettuati dal divieto prescritto col citato decreto de' 9 febbrajo 1824, i casi giudicati da' tribunali competenti per alimenti dovuti dagli ascendenti a' discendenti e viceversa, come da un conjuge all'altro; non potendo le ritenute eccedere il quinto del soldo e delle altre somme su cui vanno imputate: *decreto de' 17 settembre 1829*.

E su queste punto, sono da rammentarsi i due decreti del 2 aprile 1832 e 6 giugno 1834.

Il decreto del 2 aprile 1832 è così concepito — « 1.° Le somme dovute dalle diverse
» amministrazioni dello stato generalmente parlando, e con specialità dalle varie dipendenze finanziere agli appaltatori di opere pubbliche o di ogni altro pubblico servizio, non
» potranno per qualunque causa sequestrarsi durante l'appalto. — Art. 2.° Allorchè il contratto di appalto sarà compinto, ancorchè questo fosse rinnovato, le somme dovute agli
» appaltatori per le obbligazioni già adempiute in forza del contratto precedente, potranno essere sequestrate. — 3.° Le disposizioni de' precedenti articoli sono applicabili soltanto a' contratti che saranno stipulati posteriormente alla pubblicazione del presente
» decreto ».

Il decreto de' 6 giugno 1834 dichiara insequestrabili presso il pagator generale in Napoli, ed i ricevitori delle provincia tutte le somme, qualunque ne sia la natura, disposte o con liberanza del regio scrivano di razione, a con boni degli ordinatori, restando si per le une, che per gli altri, nella veduta di pagamenti consumati, applicata la stessa disposizione in vigore per le polizze di banco, giusta il decreto del 6 ottobre 1817. La facoltà di sequestrabilità ad istanza de' privati rimane soltanto esercibile presso il regio scrivano di razione, e gli ordinatori nelle provincie, sino a che questi funzionari non abbiano già dato luogo rispettivamente alla spedizione delle liberanze o consegna de' boni; e ciò sempre ne' casi preveduti e permessi da' decreti de' 9 febbrajo 1824 e 2 aprile 1833, i quali rimangono nella piena osservanza.

12. Le disposizioni del decreto del 9 febbrajo 1824 (riferito nel n.° precedente) sono applicabili alla real casa e sue dipendenze: *decreto de' 3 marzo 1824*.

13. Le partite di credito derivanti dalla liquidazione fatta a beneficio di particolari crediteri col decreto de' 19 settembre 1815, non che le partite di arrendamenti liquidate in esecuzione del decreto del 5 marzo 1819, che sono assimilate alle partite inscritte sul gran libro del debito pubblico consolidato, sono insequestrabili dopo essersi date fuori i

(*) Co' decreti de' 26 novembre 1818 e 1 novembre 1819, eransi dichiarati insequestrabili i soldi degl'impiegati politici nell'estero, e le somme dovute a' maestri di posta. Precedentemente però con la legge del 3 giugno 1809 si permetteva il sequestro de' soldi degl'impiegati amministrativi, giudiziari o militari. Unicamente per le pensioni sul gran libro era limitato il sequestro solo quando il credito avea origine da pigione di casa, o da generi di vitto accredenzati a' termini dell'art. 679 proc. civ., dell'art. 17 del decreto de' 3 maggio 1816 e del decreto degli 8 giugno 1818.

corrispondenti certificati d' inscrizione sul terzo ruolo provvisorio : *decreti de' 3 maggio 1824 e 5 gennajo 1826*.

14. Le obbligazioni ed i Cuponi, che si lasciano a' mutuanti per lo sconto delle somme sborsato per le strade di Sicilia, a somiglianza di quanto vien disposto col decreto de' 22 agosto 1815 per le rendite iscritte sul gran libro del debito pubblico, non sono soggette ad opposizioni, e sequestri: *decreto del 1 luglio 1824*.

15. Non sono sequestrabili i danari provvenienti dalle percezioni pubbliche, se non per sola condanna alla restituzione d'indebito esatto, purchè la somma ripetibile siesi pagata nel corso dell' anno precedente al giudicato, e la domanda della esecuzione del medesimo siesi fatta tra un mese a contare dal giorno in cui il giudicato diviene esecutivo: *art. 29 e 31 della leg. del 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo*.

16. I sequestri presso terzi in danno de' comuni, quando ne sia il caso, possono colpire soltanto lo rendite de' beni patrimoniali, ma non mai i prodotti de' dazi civici sieno essi provvenienti da percezione che ne faccia il comune in economia, ovvero da estagli per fitto della percezione de' dazi medesimi: *art. 281. de' 21 marzo 1817; rescritto del 10 dicembre 1841*.

17. Le somme depositate nelle casse de' Corpi dell'armata di terra e di mare per conto d'ingaggio da pagarsi a colui che vi presta servizio militare come cambio di un requisito di leva, sono insequestrabili: *decreto del 1 giugno 1842*.

18. Sono insequestrabili gli equipaggi di cho debbono essere provveduti secondo il rispettivo grado e giusta i regolamenti gl'individui appartenenti alle guardie di onore, alle guardie d'interna sicurezza o alle guardie urbane per lo servizio militare: *decreti de' 2 gennajo e 12 maggio 1843*.

Quistione sulla sequestrabilità della proprietà letteraria.—I prodotti dell'ingegno non aveano alcuna garantia ne' tempi passati: le sole ricchezze materiali formavano allora le cure de' legislatori. Si deve all' economia politica lo sviluppo del gran principio, che tutto ciò ch'è un prodotto dell'intelligenza dell' uomo è un capitale che forma parte del nostro patrimonio, e costituisce la più sacra di tutte le proprietà, la cui origine è più pura, trattandosi di un dono fatto dal creatore al proprietario, o sivvero di una creazione dell'intelligenza dell' uomo. Da ciò il decreto del 5 febbraio 1828 (v. t. 1, nota 1, p. 127) che garantisce agli autori la proprietà delle loro opere. Essendo adunque le opere una proprietà, possono sequestrarsi in danno degli autori? E perchè no, quando la legge citata à dichiarato che la proprietà letteraria, come ogni altra proprietà, può formare oggetto di cessione gratuita o onerosa, come anche di trasmissione con atto di ultima volontà? Tutto ciò che può cedersi o legarsi, non costituisce un dritto esclusivamente personale (v. la pag. 273, n.° 7); o in altri termini, tutto quello che può cedersi è in commercio, e può in conseguenza formare oggetto di vendita forzata. Noi in conseguenza crediamo di essersi ben deciso dalla Corte Suprema di Giustizia con arresto del di 1 febbrajo 1845 (*mentre questo foglio era sotto il torchio*), che ritenendo che la proprietà letteraria possa sequestrarsi, à altresì stabilito il modo del procedimento. Giova riferire questo arresto, nuovo negli annali della giurisprudenza, del tenor seguente:

« *È soggetto all' esecuzione forzata il dritto di proprietà degli spartiti teatrali di pertinenza di F., e nell' affermativa un tal dritto è vendibile al pubblico mercato col rito del pignoramento de' mobili, senza apprezzo e senz' altra formalità?*

» Considerando, che a risolvere per l'affermativa la prima parte della quistione in quanto alla sequestrabilità del dritto di proprietà sugli spartiti, concorrono le seguenti osservazioni.

» Il debitore pel disposto degli articoli 1962 e 1963 *leggi civili* è tenuto di adempire alle sue obbligazioni su tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri, e tutti formano la garentia dei suoi creditori.

» Il dritto di privativa su' prodotti d'ingegno accordato agli autori, il dritto sulle rappresentazioni teatrali accordato esclusivamente ai maestri di cappella dai decreti del 7 novembre 1811 e 5 febbrajo 1828 è dichiarato dagli stessi decreti dritto di proprietà. Dunque un tal dritto è nella classe dei beni, perchè è una proprietà, e lo è tanto più, in quanto che è una proprietà, ch'è in commercio, e che gli autori, ai termini de' citati decreti, ne possano disporre per atti tra vivi, e di ultima volontà, potendo ad altri cedere la proprietà, e le ragioni che ne dipendono.

» Che di cotesta proprietà di privativa degli autori, se il terzo ne usa senza il permesso del proprietario, commette un reato punibile per l'articolo 324 delle *leggi penali*.

» Dunque il dritto di privativa è un bene, è una proprietà commerciale, proprietà pro-

1196. Il creditore non può esser costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa che si offre, fosse eguale o anche maggiore (1).

V. gli art. 1333, 1767 ll. cc., e 148, l. di eccez.

---

duttiva di emolumenti, e quindi formando essa la garantia de' creditori, formando parte dei beni del debitore, è soggetta ad esecuzione per l'articolo 641 del rito, purchè il creditore sia munito di un atto esecutivo.

» Che alla regola generale della sequestrabilità de' beni del debitore, le leggi hanno fatte diverse eccezioni, ma tra l'eccezioni non essendovi quella relativa al dritto di proprietà delle produzioni d'ingegno, non può il giudice crearla, o non può per conseguenza sottrorre tali dritti dagli atti di esecuzione.

» Considerando d'altra parte, che mentre le leggi hanno accordato agli autori delle opere d'ingegno il dritto privativo di usarne, si sono taciute intorno al modo da serbarsi per una esecuzione forzata di siffatto dritto. E ritenendo, che tali dritti sieno mobili per determinazione della legge, per argomento del disposto dell'articolo 452 *leggi civili*, sarà sempre vero, che il modo prescelto dal pegnorante di farli vendere senza altra formalità, non corrisponde alla natura de' dritti sequestrati, e presenta non pochi inconvenienti.

» Ed in prima, il dritto sequestrato si espone in vendita, come dritto temporaneo (e tale è secondo i decreti citati di sopra), senza pria far definire dal giudice la durata del suo godimento. La durata è parte essenziale del prezzo, e se su' mobili che hanno un valore ideale, come le gioje, non vi è vendita senza apprezzo (art. 712 *procedura civile*), molto meno si può vendere un dritto, che non ha valore reale, ma tutto immaginario, senza definirne pria la durata, e vale il dire, senza far pria precedere un apprezzo.

» Si aggiunge che pe'l disposto dell'articolo 718 del rito, non è permesso di vendere tutti gli effetti pegnorati, che superano l'importare del credito, ma quella sola parte di essi, che basta a pagare i crediti, e le spese. Questa norma nella vendita del dritto di privativa non si può in alcun modo serbare, dappoichè ignorandosi la durata del dritto di privativa, ed ignorandosi i prodotti annoali, ove sopravvenga un'offerta per una somma maggiore del credito del pegnorante, non può l'usciere esecutore di sua autorità dividere per metà, per un terzo, o per un quarto, il prezzo del dritto venduto; ed ove si potesse, non può nel tempo stesso aggiudicare al compratore una parte del dritto, e restituirne un'altra parte al debitore, perchè non può dello stesso dritto individuo usarne l'aggiudicatario e'l debitore nel tempo stesso.

» Che ad evitare ogni inconveniente la legge ha additato un mezzo quanto facile, altrettanto certo, per garantire e salvare i dritti del creditore e del debitore, ed è il sequestro giudiziario permesso dall'articolo 1833 *leggi civili*. A siffatto modo l'amministratore giudiziario introita i proventi del dritto di privativa, senza spogliarne il debitore a perpetuità. Sugl'introiti dei proventi è canto il creditore pegnorante. Si conciliano così gl'interessi del creditore, e que' del debitore.

» In somma, essendo silenziosa la legge circa l'esecuzione forzata di un dritto tutto nuovo, di un dritto creato coi decreti del 1811 e 1828, non era dato al creditore di prescegliere un modo di esecuzione arbitrario, e produttivo di mille inconvenienti. E se il rescritto del 29 dicembre 1838 in materia di vendita di oggetti insigni di belle arti, rimette al magistrato di provvedere circa il modo più convenevole per la loro vendita, in un caso più forte della esecuzione forzata di un dritto di privativa sulle produzioni d'ingegno, il creditore in vece di appigliarsi al pegnoramento dei mobili, senza apprezzo, doveva ricorrere al giudice per ottenere i provvedimenti per l'esecuzione del pegnoramento.

E da qui è, che il pegnoramento non può dirsi nullo per mancanza di dritto nel pegnorante, ma nullo per vizio di forma. Che se il Tribunale lo dichiarò valido, perchè carente di vizio di forma, e la Gran Corte lo à dichiarato nullo, la decisione è censurabile per aver negato al creditore il dritto di pegnorare, ma non è censurabile, perchè lo ha dichiarato nullo per vizio di forma.

« Per tali motivi, la Corte Suprema annulla la impugnata decisione. » (*Causa Cutrau e Fabbricatore*).

(1) Quel che deve pagare il debitore è uno de' punti del dritto che richiede ampi sviluppamenti. Nella nota 1, pag. 324 esaminammo, se la cosa deve appartenere al debitore per considerarsi liberato dall'obbligazione. Nelle osservazioni agli art. 1198 e 1199 discorreremo del modo del pagamento de' debiti di cosa determinate, o delle cose indeterminate. Qui è il luogo di esaminare in generale quello che deve pagare il debitore, e come una conseguenza parleremo della dazione in pagamento, *datio in solutum*.

I.

Quale cosa dev' essere data in pagamento.

È, in generale, le cosa cha forma l'oggetto dell'obbligazione,che dev'essere pageta. Da eiò nasce che il creditore non può costringersi e ricevere una cose diversa, quantunque di uguale o maggior valore. *Aliud pro alio, invito creditori solvi non potest;* l. a, § 1 ff. *de rebus creditis*; art. 1196.

Questa regola è reciproca tra il ereditore o'l debitore. So il creditore non può esser costretto a ricevere nna cose diversa dn quella promessa, per la stesse ragione il debitore non può costringersi dal creditore n pagare in modo diverso dallo stipuleto. Pothier, *obligat.*, n. 530; Toullier, t. 7, n. 47; Duranton, t. 10, n. 71.

Non è fuori di proposito il distinguere,se ciò ch'è dovuto consiste in derrata a mercanzie, o in somme di monete, o finalmento se si tratta di eseguire un fatto.

I. *Pagamento di derrate* o *mercanzie.*— Quando il debitoro à promesso derrate o mercanzio, non può fare a mano di consegnarlo, ancorchè offra di pagarne il prezzo a giudizio de' periti o alla ragione delle mercuriali; poco importerebbe ch'osse fossero state apprezzate nel contratto; poichè tranne le pruove o le circostanze contrarie, si suppone che tale valutazione abbia por oggetto di dare una base alla percezione de'diritti del fisco, elle convenzioni di assicurazione o nltre co' terzi. Lo stesso dicasi se la cosa promesse essendo ciò che chiamasi un corpo certo o determinato, abbia pur ricevute nna valutazione. Toullier, t. 7, n. 47; Pardessus, *droit commercielle*, n. 200.

II. *Pagamento di ciò che consiste in un fatto.*—L'esposto principio si applica anche alle obbligazioni *di fare*. Per es., io fo il commorcio di stoffe, e stipulo che il mio debitore ch'è tintore, mi pagherà in tinture. Qualche tempo dopo io abbandono il mio commercio: posso esigere di esser pagato in numerario? No certamente. Merlin, quistioni, v. *paiement*, § 1; Toullier, t. 7, n. 48.

È quindi presso di noi una massima inconcussa, che un debitore non può obbligare i suoi creditori a ricevorsi in pagamento altre cosa, se non ciò ch'ei loro dave. Non è perciò ricevuta nal nostro foro la novella 4, cap. 3, di Giustiniano, secondo la quale il debitore di una somma di danaro, e che non avea nè danaro nè mobili da vendere, potove obbligare il suo creditore a ricoversi degl' immobili in pagamento, conformemento all' apprezzo che ne sarebba fatto, semprechè il creditore non stimasse più opportuno di trovar persone che volessero acquistare quegl' immobili. Pothier, *obligat.*, n. 530; Toullier, t. 7, n. 66; Duranton, t. 10, n. 71.

III *Eccezioni alla regola* ALIUD PRO ALIO.—Le principali eccozioni possono ridursi a due:

1.° Le regola *aliud pro alio*, cessa di aver luogo indirettamente per mezzo della compensaziono, poichè le prestazioni in grano o derrate, il cui prezzo è regolato delle mercuriali, possono compensarsi con delle somme liquide ed esigibili: art. 1243; Duranton, t. 12, n. 75.

2.° Quando il debitoro si trova per suo fatto nella impotenza di dare la cosa cho forma l'oggetto o la materia delle obbligazione, in questo caso il creditore è obbligato a ricevere, ed il debitore è forzato a dare il valoro della cosa, arg. dell'art. 1256, non che i danni interessi, se fu costituito in mòra, ert. 1101: Toullier, t. 7, n. 56.

Ma essendo il valore delle cose variabile, qual è l'epoca cui si debbe aver riguardo per determinare il valore delle cose? Agitatissima fu tal quistione presso gli antichi giureconsulti, e Voet (*ad pandectas*, lit. *de condictione triticaria*, n. 3) dopo di aver citato gli autori cbo l'ànno a fondo trattata, presenta una bella e profonda discussione, distrigando le difficoltà, con poche distinzioni: *paucis distinctionibus*, egli dice, *rem omnem absolvi, omnesque difficultates superari posse, mihi persuadeo.* La distinzione è tra le obbligazioni pure o semplici, da quelle a termine. Si deva dare alla cosa il valore cha avea al tempo delle domanda, so l'obbligazione è pura o semplice; e so l'obbligazione è a tormine, il valoro che avea al giorno della scadenza, poichè il termine fa parte dell'obbligazione. Che se nell'uno o nell'altro caso, la cosa fosse eresciuta di valore dopo la domanda giudiziaria o dopo le scadenza del termine, non è questa una ragione per far condannare il debitore moroso al *quanti plurimi*. Imperciocchè sono due cose essenziali a distinguersi, il *valore* della cosa, o l'*indennizzo* de' danni-interessi cui la mora del debitore à potuto cagionare al creditore. Laonde, se il creditore prova che per la mora del debitore abbia sofferto danno, il *quanti plurimi* gli è dovuto a titolo di danni-interessi; ma se danno non à sofferto, non può aver luogo la condanna al *quanti plurimi*. In conseguenza, il *quanti plurimi* non si deve avere in considerazione che *per accidens*, vol dire, se è stato per la mora del

debitore chè il creditore abbia sofferto danno. La dottrina di Voet è stata sotto l'impero del codice adottata da Toullier, t. 7, n. 56 a 65.

IV. *Del pagamento di una somma di danaro, e della moneta con cui debb' eseguirsi il pagamento*—Consistendo il debito nel pagamento di una somma di danaro, il debitore non può forzare il creditore a ricevere de' crediti, de' biglietti o lettere di cambio, ancorchè esigibili; l. 16, C. *de solut.*

In conseguenza di questo principio, quando si è convenuta la specie di moneta, il debitore non può offrirne un'altra per liberarsi; art. 1088, 1196 *ll. cc.*, e 14a *leg. di eccez.*

Nel silenzio della convenzione, il debitore non è obbligato di pagare con la moneta della stessa specie di quella ricevuta, ma può pagare con altra moneta equivalente, la quale è in circolazione per disposizione dell'autorità pubblica. Si può quindi restituire in moneta di argento una somma in oro, o viceversa, mentre nelle monete non si considera il corpo, ma il valore: *in pecunia, non corpora quis cogitat, sed quantitatem*; l. 94 § 1, ff. *de solut.*—*Ex materia forma publice percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate*; l. 1, ff. *de contrah. empt. Junge* l. 34, § 3, ff. *de legat.* 1.°, e l. 159 ff. *de V. S.*

Ma, potrebbe il debitore pagare in moneta di rame l'intera somma che costituisce il debito? I metalli preziosi sono tra le nazioni incivilite l'istrumento necessario de' cambi. Questi metalli sono l'oro e l'argento: il rame non è per se stesso un metallo prezioso, e la pubblica autorità se ne avvale, come moneta, per i piccoli usi della vita; il rame è agente ausiliario della circolazione de' piccoli valori. Ma, come mezzo di cambio, e come misura di valore, l'oro o l'argento non possono venire rimpiazzati da altri oggetti sforniti di valore. Da ciò nasce che la legislazione monetaria di quasi tutti i governi europei ammette, senza distinzione, l'oro e l'argento ne' pagamenti, o l'uso è riservato ora all'uno, ora all'altro dei due metalli, il privilegio di regolare il valore nelle transazioni di ciascun paese. Dall'anno 1717 sino al 1774, l'oro e l'argento ebbero un corso forzato in Inghilterra, e furono al medesimo titolo le misure legali del valore. Nel 1774 fu ordinato che l'argento non sarebbe legalmente impiegato ne' pagamenti di qualunque somma ch' eccedesse 25 lire sterline; e per ogni somma maggiore, l'argento sarebbe ricevuto pel valore del suo peso. Finalmente l'atto del 1816, ch'è ancora al di d'oggi la carta monetaria della Gran Brettagna, raffermò questo sistema, e le specie d'argento non furono ammesse ne' pagamenti come offerta legale, che sino alla concorrenza di soli 40 scellini. Vedi la memoria di FAUCHER *del-l'oro e dell'argento considerati come misura de' valori.*

Se il valore dell' oro regola quello di tutte le cose in Inghilterra, il valore dell'argento fa lo stesso sul continente europeo, e principalmente in Francia. La legislazione francese (riferita da Merlin, quistioni, v. *paiement*, § 3, e da Toullier, t. 7, n. 54) non à quindi riconosciuto ne' pagamenti la moneta di rame, che come destinata per pagare una somma residuale che non può darsi in moneta di maggior valore, e per pagare le derrate di poco valore; così che il decreto del 18 agosto 1810 ordinò che la moneta di rame non potesse valere ne' pagamenti, se non per un resto della moneta di cinque lire.

La legislazione monetaria del nostro regno, uniforme a quella del continente Europeo, à riconosciuto la moneta di argento come la misura de' valori. Da 65 (*) prammatiche sotto la rubrica *de monetis* si raccoglie quali sieno state le vicende politiche del nostro regno sul sistema monetario, e con quanta cura il governo fu sempre mai inteso ad accreditare le monete di argento nazionali. Il nuovo sistema monetario è stabilito dalla legge del 20 aprile 1818, e con rescritto del 7 dicembre 1819 si dichiarò, che tanto le moneta di rame sino allora coniate in Napoli, quanto quelle coniate in Sicilia, al pari delle monete di oro e di argento, dovessero avere il loro corso in tutto il regno, giusta il loro valore nominale (**).

Da queste disposizioni legislative si può dedurre, che il rame, come l'argento e l'oro, avendo pieno corso nel regno, il debitore può pagare qualunque somma in moneta di rame, poichè non vi è alcuna legge che il vieta. Nè si potrebbe per analogia applicare alle convenzioni il decreto del 20 dicembre 1819 che prescrive di potersi pagare in moneta di rame alle casse regie colla proporzione dell'ottavo; nè l'altro decreto del 27 gennajo 1820

(*) Di queste 65 prammatiche sono riportate 55 nella collezione comune, e 10 nel supplemento stampato da Cervone nel 1790.

(**) Ad eccezione, disse lo stesso rescritto, delle sole monete di grana due e mezzo, di grana quattro, e di grana 5 coniate in Napoli, per le quali deve stersi alla riduzione fissata col decreto del 1 gennajo 1810 confermato co' decreti de' 2 gennajo 1815 e 21 febbrajo 1816, cioè di dover valere le monete di grana due e mezzo grana due, quelle di grana quattro grana due e mezzo, e quelle finalmente di grana cinque grana quattro.

ch'estende questa disposizione a'ricevitori de'dritti riservati, i quali possono ricevere e pagare la moneta di rame nella proporzione del sesto. Imperciocchè queste disposizioni intese a regolare i pagamenti delle contribuzioni e dritti fiscali, nulla anno di comune co' pagamenti da privati a privati, como dal Governo a privati, e da privati al governo. È questa, a nostro modo di vedere, una lacuna nella nostra legislazione, poichè secondo i principî della economia pubblica, la moneta di rame non dovrebb'essere adoperata che per pagare una somma residuale che non può darsi in moneta di argento, coerentemente all'ordinanza emessa in esecuzione dell'art. 4 della legge del 20 aprile 1818, la quale saviamente fissò *la moneta di argento sola, senza riguardo alla moneta di oro dello stato, per misura e valore di tutti gli oggetti del commercio e del traffico*. Se dunque l'argento è la misura de' valori, è a desiderarsi che la legge stabilisse in massima, che nel silenzio della convenzione, i pagamenti debbansi fare in moneta di argento, ed in rame soltanto per le somme residuali.

II.

Della dazione in pagamento, DATIO IN SOLUTUM.

Nel § precedente abbiamo comentato l'art. 1196 che stabilisce la regola di non potersi costringere il creditore a ricevere una cosa diversa da quella dovutagli. Ma se le parti acconsentano, l'una di ricevere, l'altra di dare una cosa in luogo di un'altra, è evidente che un tal pagamento è valido e ch'estingue l'obbligazione; l. 17, C. *de solut.* E ciò che si chiama in dritto *dazione in pagamento*, DATIO IN SOLUTUM: Pothier, *vente*, n. 601. Qui cade in acconcio di spiegare i caratteri e gli effetti della dazione in pagamento.

I. *Caratteri della dazione in pagamento.* — Essendo la dazione in pagamento una convenzione colla quale, invece della cosa dovuta, il debitore ne dà un'altra che il creditore consente a ricevere, ne segue che à il carattere di una *cessione*, quante volte si dà in pagamento un credito; è una *permuta*, dandosi un mobile o un immobile in cambio di un altro mobile o di un altro immobile che fosse dovuto; è una *vendita*, quando invece di una somma di danaro dovuta in virtù di una obbligazione preesistente, il debitore dà ed il creditore acconsente a ricevere un mobile o un immobile, o reciprocamente. È insomma la *dazione in pagamento* equivalente ad una vera vendita, poichè la cessione, la permuta non sono che vendite. Da ciò nasce che la legge 4, C. *de evictione* equipara la dazione in pagamento ad una vera vendita, *dare in solutum est vendere*, ed anche l'art. 1440 considera come vendita la dazione in pagamento: l'art. 1547 lo considera come una cessione. Toullier, t. 7, n. 46, e t. 12, n. 366; Duranton, t. 12, n. 8; Duvergier, *de la vente*, n. 45 e 163.

Non bisogna però confondere la dazione in pagamento propriamente detta, con la vendita che il debitore facesse al suo creditore per compensare col prezzo di essa, sino alla concorrente quantità, la somma ch'egli deve. La vendita e la dazione in pagamento produrrebbero in questo caso effetti diversi. Ascoltiamo sul proposito Pothier, *de la vente*, n. 603.
« Quando io ò venduto, egli dice, una cosa per una data somma, da compensarsi con si-
» mile somma che io credeva dovervi; se vengo a scovrire che io non ve la doveva, o che
» vi doveva una somma minore, io non posso ripetere la cosa vendutavi, ma posso soltan-
» to ripetere da voi il prezzo che ho per errore compensato con una somma non dovutavi.
» L'aziono che mi si compete è quella *ex vendito, quae datur ad pretium consequendum*.
» Per l'opposto, quando vi ho dato una cosa in pagamento di una somma che per errore
» io credeva dovervi, io ho il dritto di ripetere da voi la cosa medesima; perciocchè la
» mia aziono, in questo caso, è quella che dicesi *condictio indebiti per errorem soluti*, o
» *condictio sine causa*, le quali azioni hanno per oggetto la ripetizione della cosa ch'è sta-
» to pagata. Similmente, quando io vi ho dato una cosa in pagamento della somma di 200
» lire che io credeva dovervi, quantunque io non vi dovessi che 100 lire, io non posso ri-
» petere le 100 lire, ma ben-i la cosa; ed io debbo ripeterla per intero, come offrire il pa-
» gamento di cento lire che doveva; perciocchè io non posso obbligarvi ad avere in co-
» mune con me questa cosa, che non avreste ricevuta in pagamento, se non aveste cre-
» duto averlo per intero: *condictio rei integrae manet et obligatio incorrupta: ager autem*
» *retinebitur, donec debita pecunia solvatur;* l. 26, § 4, ff. *cond. indeb. Quid* se voleste ri-
» tenere la cosa, dandomi le 100 lire che io non vi doveva? Dumoulin, *de contr. us. q.*
» 14, n. 182, decide che io potrei similmente obbligarvi alla restituzione della cosa, con
» offerta di pagarvi, per la ragione che io non l'avrei data egualmente in pagamento, se
» avessi saputo che non vi doveva se non una parte della somma. Dumoulin eccettua il
» caso in cui io l'avessi esposta in vendita ». — V. anche Duranton, t. 12, n. 81.

11. *Effetti della dazione in pagamento.* — Il punto capitale in questa materia è, che la dazione in pagamento estingua l'obbligazione primitiva, ed opera una *novazione;* poichè vi è novazione allorchè l'oggetto dell'obbligazione è cangiato: *mutata est causa obligationis,* come dice Cujacio ne'suoi paratitli sul Codice, tit. *de rei permutatione.* Questo principio ammesso da più leggi romane (l. 24, ff. *de pignoratitia actione*, l. 9, ff. *quibus mod. pig.*) è stato riconosciuto dagli autori moderni. Toullier, t. 7, 282 e 301; Grenier, *hypot.*, num. 501; Duranton, t. 12, n. 83; Troplong, *hypoth.*, n. 487.

Poichè dunque la dazione in pagamento produce novazione, estingue l'antico credito non solo, ma anche i suoi accessori, come le fidejussioni e le ipoteche, art. 1910 e 2074. Ma se il creditore soffre la evizione della cosa datagli in pagamento, rinascerà la ipoteca dell'antico credito? È fuor di dubbio che se la causa dell'evizione è posteriore al contratto, le ipoteche estinte non rivivono, per la ragione che *obligatio semel extincta non reviviscit, nisi justa causa subsit ex qua aequitas subveniat*, o pure, come dice la l. 98 § 8, ff. *de solut.*, *in perpetuum sublata obligatio restitui non potest.* Nel caso poi che la causa della evizione è anteriore al contratto, cioè procede *ex causa antiqua et necessaria*, le leggi romane àn presentato campo agli scrittori di serie difficoltà. È primieramente si riconosce dagli autori antichi, che nel caso di permuta, val dire se un debitore dà al creditore un immobile in pagamento di una cosa che gli dovea, e se costui l'accetta e ne soffre l'evizione, a malgrado della novazione prodotta dalla dazione in pagamento, l'azione primitiva non rimane estinta, ma rimane in tutta la sua forza. Tanto risulta dalla l. 46, ff. *de solut.* e dalla l. 8, C. *de sent. et interloc.* Ma se la dazione in pagamento corrisponde ad una vendita, come quando il creditore di mille si riceve in pagamento dal debitore un fondo, la evizione di questo fondo fa rivivere la ipoteca che il creditore avea sopra un altro fondo del debitore medesimo? Bartolo sulla l. *eleganter* 24 ff. *de pig. act.*, e Cujacio nelle recitazioni solenni sul Codice, tit. *de rei permut.* e *observ. l. 19*, c. 38, insegnavano che la evizione del fondo, non faceva rivivere la primitiva obbligazione di già estinta: l'opinione contraria fu adottata da Donello, sulla l. 4, C., *de evict.*, da Voet, lib. 46, tit. 3, n. 13; dal Presidente Fabre, *de erroribus prag.*, t. 4, *decad.* 100, *error* 8, e questa dottrina era seguita dal Sacro Consiglio napoletano, e da molti scrittori italiani, come può vedersi in de Franchis, *dec.* 50 cum Amend. e de Luca. — Sotto l'impero del codice, Troplong, *hypot.*, n. 853 e seg., à dimostrato, contro la dottrina di Toullier e di Grenier, che rivivono le ipoteche (purchè siano state conservate con la iscrizione, e ciò nell'interesse de' terzi) per la evizione della cosa ricevuta in pagamento. Il creditore non à abbandonato le ipoteche che sotto la condizione tacita che la cosa datagli in pagamento fosse da lui irrevocabilmente acquistata, *cum res est irrevocabiliter acquisita.* Or, dice Troplong, risolvendo l'evizione la cosa data in pagamento, le cose vengono rimesse nello stato medesimo in cui sarebbero, se il contratto di dazione in pagamento non fosse mai esistito. E noi aggiungiamo, che l'opinione contraria urta egualmente col dritto e con l'equità. È facilissimo di concepire che il creditore il quale riceve in pagamento un fondo abbia inteso di liberare, puramente e semplicemente il suo debitore; ma solamente nel caso in cui il suo acquisto avesse un effetto irrevocabile, e che rimanesse proprietario incommutabile; di tal che l'evento avendo tutto sconvolto, fa di mestieri che ciascuno rientri ne' suoi primieri dritti. Nessuno à motivo di dolersene; colui ch' avince ne avrebbe meno di ogni altro, laddove il creditore avesse sulla cosa evitta un dritto d' ipoteca. — In dritto, l'effetto non à maggiore durata della sua causa. Se dunque la causa dell' estinzione non è stata che momentanea, non vi saranno che istanti di estinzione: se dessa è rivocabile, la estinzione cesserà necessariamente con la medesima. Non avvi che una causa perpetua ed assoluta, la quale possa estinguere i dritti per sempre. Questi principî, quantunque le leggi romane non si fossero chiaramente spiegate su tal materia, furono riconosciuti dal acuto Presidente Fabro, ed ascoltiamolo nel suo Codice, lib. 8, tit. 13, def. 8: *creditorem qui rem sibi obligatam emit a debitore*, AUT IN SOLUTUM ACCEPIT, *jus quidem pignoris quod in ea habuit, remisisse et amisisse certum est, quasi* confusionis *cujusdam potestate.* Ecco la confusione stabilita o supposta; ma attendiamo l'evento: *sed si rem postea evinci contingat, jus suum posteriori restituetur ac si nunquam sublata pignoris obligatio fuisset.* Ecco le sue ragioni: *Verum enim est pecuniam pro qua pignus datum fuerat, nec solutam creditori, nec eo nomine satisfactum unquam fuisse: quae res proinde facit ut duret hypotheca, nec tam post extinctionem videatur hoc casu resuscitari, quod esset difficilius, quam ex post facto apparere cessasse illam antea potius quam extinctam dici debuisse.* I dritti sono sospesi nell' intervallo, ma il fondamento ed il principio durano tuttavia a sussistono: *non enim*, soggiunge l'autore, *qui pignus suum comparat, ea mente comparat ut, remittendo jus pignoris, deteriorem faciat suam conditionem; sed e contrario,*

V. l'art. 1173.

1197. Il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè divisibile (1).

---

ut meliorem, causa pignoris in causam irrevocabilis et incommutabilis dominii commutata. Cui consequens est, ut si qua ratione dominium quod immutabiliter quaesitum videbatur, revocatum sit, non debeat creditori nocere, quominus saltem pristinum jus retineat, quod plus jus acquirere sibi voluerit per factam sibi venditionem aut dationem in solutum.

(1) I. Dal principio stabilito nell'art. precedente, che il debitore non può forzare il creditore a ricevere una cosa diversa da quella stabilita nella convenzione, e dall'altro principio sancito nell'art. 1173 che le obbligazioni, benchè divisibili, si debbono eseguire indivisibilmente tra il creditore e 'l debitore, ne consegue naturalmente la disposizione dell'art. in disamina, che vieta al debitore di dividere, contro la volontà del creditore, il pagamento del debito. Questa disposizione prende origine dalla l. 41, § 1, ff. *de usuris*. Voet, tit. *de solut.*, n. 11; Pothier, *obligat.*, n. 534.

Consegue da questo principio, che non basta al debitore di offrire tutta la somma principale *in* pagamento, allorchè questa produca interessi: il creditore non è astretto a riceverla, se non gli si pagano nello stesso tempo tutti gl'interessi scaduti; art. 1211, n. 3; Pothier, *ibid*; Bigot, *exposé des motifs*, in Locré t. 6, p. 169, n. 122; Toullier, t. 7, n. 68; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 298.

Ma questo principio che il creditore non può esser forzato a ricevere in parti il pagamento del debito, cessa di essere applicabile allorchè trattasi di più debiti; quantunque tutt'esigibili, il debitore può pagarli separatamente. Perciò il debitore di più anni d'interessi di un capitale, un conduttore, ch'è debitore di più terzi di estaglio, un enfiteuta debitore di più anni di canone, possono obbligare il creditore a ricevere il pagamento di un'annata, e così evitare la pena stipulata per l'attrasso di due o tre annate. Nulladimeno il creditore non può esser costretto a ricevere gli ultimi anni prima de' precedenti, *ne rationes ejus conturbentur*; Molineo *de divid. et individ.*, parte 2, n. 44; Pothier, *obligat.*, n. 539; Toullier, t. 7, n. 69 e 70; Delvinc., l. 3, tit. 5, nota 299; Duranton, t. 12, n. 86.

Dall'esposto principio che il creditore non può esser forzato a ricevere in parte il pagamento del debito, consegue che anche il debitore può respingere la domanda del creditore che chiede in parti il pagamento del debito, e domandare che intende pagare l'intero debito, arg. l. 38, ff. *de procuratoribus*. Ma se il creditore ha ceduto ad un terzo una parte del credito, può agire prima il cessionario per la parte cedutagli, ed indi il cedente per la somma residuale, e viceversa; senza che il debitore potesse opporre la indivisibilità del pagamento: la ragione si è che, quantunque non si possa mettere in dubbio che qualche danno può risentire il debitore per questa cessione parziale, ciò non è da prendersi in considerazione, mentre il creditore si è avvaluto del suo dritto, e non è da attendersi il danno che può avvenire in conseguenza di un atto ch'è permesso di fare, l. *cum quidam*, ff. *de jure fisci*; nè può dirsi di esser stato gravato il debitore da quel creditore che si è avvaluto de' suoi dritti, l. 53, princ. *de appel.* Olea, *de cessione jurium*, tit. 3, *quaest.* 12, num. 20, 38 e 39.

II. *Eccezioni al principio della indivisibilità del debito.* — Queste eccezioni sono le seguenti:

1.° Quando per la morte del debitore, gli succedono più eredi: art. 1173.

2.° Il fidejussore convenuto dal creditore, allocchè à de' confidejussori, può domandare la divisione del debito: art. 1898 e 1905; Toullier, t. 7, n. 73; Duranton, t. 12, n. 87.

3.° La compensazione estinguendo *ipso jure* due debiti liquidi ed esigibili, il debitore di una somma maggiore può costringere il creditore a ricevere la somma di cui è rimasto debitore, trovandosi il resto della somma compensata per disposizione di legge; art. 1245 e 1246; Pothier, *obligat.*, n. 538; Duranton, t. 12, n. 85.

4.° La quarta eccezione à luogo, quando insorga contestazione sulla quantità di ciò ch'è dovuto. Per esempio, se io sono debitore del residuo di una somma, e colui cui cendo i conti pretenda che il debito debba ammontare ad una somma maggiore; in questo caso la legge 31 ff. *de reb. cred.* vuole che il creditore possa essere obbligato a ricevere la somma del cui residuo mi fui debitore, senza pregiudizio del dippiù, prima della decisione della contestazione. Essendo questa decisione del tutto equa, è della prudenza del giudice l'ordinar provvisoriamente un tal pagamento, allorchè il debitore lo chiede. Pothier, *obligat.*, n. 537. — *Contra*, Delvinc., lib. 3, tit. 5, nota 297.

5.° La clausola contenuta nel contratto, che la somma dovuta sarà divisa in certo numero di pagamenti, obbliga il creditore a ricever diviso il pagamento, in conformità della convenzione. Non essendosi spiegata la somma che si sborserebbe in ciascun pagamento, i pagamenti debbono fra loro intendersi tutti uguali. — Esprimendo la convenzione che

Pur nondimeno i giudici, avendo riguardo alla situazione del debitore, ed usando di questa facoltà con molta riserba, possono accordare dilazioni moderate pel pagamento, e sospendere l'esecuzione giudiziale, rimanendo ogni cosa nel suo stato (1).

V. gli art. 1241, 1772, 1898 e 2118 ll. cc., e 218 p. c.

---

il pagamento sarà fatto in due diversi luoghi, uniti per via di una congiunzione (p. e. *pagherò in Napoli nel mio domicilio, ed in Lecce nel domicilio di Tizio*), questa clausola racchiude in sè quella di poter fare i pagamenti per metà in ciascuno degli accennati luoghi. La cosa va altrimenti se la particella è disgiuntiva: se si dica p. es. che io pagherò a Barletta o a Lecce, allora il creditore non è obbligato a ricevere che in un solo pagamento, in uno de' due luoghi che al debitore piacerà di scegliere. Pothier, *obligat.*, n. 536; Duranton, t. 12, n. 86.

(1) Quantunque non sia permesso a' giudici di appartarsi dalla legge del contratto, pure questo secondo comma dell'art. in esame permette loro:

1°. Di concedere al debitore una dilazione moderata sul pagamento di un debito attualmente esigibile: ciò che chiamasi *termine di grazia*: vedi la pag. 290.

2.° È controvertito se la legge concede altresì al giudice il potere di dividere il pagamento del debito — Facciamoci ad esaminare ne' principi e nelle conseguente siffatta disposizione.

Primo. — Termine di grazia che il giudice può accordare al debitore. — Il termine di grazia non si può dal giudice accordare che con cognizione di causa, e con *la stessa sentenza che decide la controversia*, dice l'art. 216 p. c. Quando dunque non vi è contestazione giudiziaria e 'l creditore procede contro il debitore in virtù di un titolo autentico rivestito di forma esecutiva, non è permesso al giudice di poter arrestare l'esecuzione del titolo. Toullier, t. 6, n. 659 e 680; Delvinc., l. 3, t. 5, nota 300; Carrè e Pigeau sull'art. 122 (216) p. c.; Duranton, t. 12, n. 89 — Per altro, se il debitore prova con iscritture autentiche di affitto, che la rendita netta e libera de' suoi immobili nel corso di uno anno basti al pagamento del capitale dovuto, degl'interessi e delle spese, e ne offra la delegazione al creditore, possono i giudici sospendere il procedimento, il quale potrà ripigliarsi se sopraggiunga qualche opposizione o ostacolo al pagamento, art. 2118.

Per la stessa ragione, non potendo i giudici concedere dilazione se non con la stessa sentenza che decida la controversia, ne risulta che dopo la prima dilazione data con tale sentenza, non possono concederne altra. Toullier, t. 6, n. 660.

La dilazione più lunga non potrebbe eccedere un anno, per argomento dell'art. 2118. Toullier, t. 6, n. 657.

Per sapere quando al debitore non possa accordarsi dilazione, o privarsi di quella ottenuta, vedi la nota 1, pag. 292.

Quistioni — 1.° Possono i giudici accordar dilazione quando vi si è rinunciato nella convenzione? Sembra preferibile la negativa, per le ragioni datane nella p. 252, parlando della purgazion della mora.

2.° Possono i giudici concedere dilazione alcuna in materia commerciale? Gli art. 154 e 187 delle *leg. di eccez.* vietano di accordar dilazioni in materia di pagamento di lettere di cambio, dal che si deduce che le obbligazioni commerciali anno le loro regole particolari, cui non può applicarsi la regola stabilita nel 2.° comma dell'art. 1197 delle leggi civili. Rapporto di Jaubert al Tribunato, in Locrè, t. 6, p. 208, n. 16; Carrè, n. 522; Toullier, t. 6, n. 661; Duranton, t. 12, n. 89 — *Contra*, Pardessus, *droit commerc.*, n. 183.

Secondo. — Divisione del debito in più pagamenti successivi. — Ha il giudice il potere di ordinare la divisione del debito? Toullier, t. 6, n. 659 e t. 7, n. 71 dà l'intelligenza affermativa al secondo comma dell'art. in esame. « Il progetto del codice, egli dice, discusso » nel Consiglio di Stato permetteva espressamente a' giudici di dividere il pagamento del » debito in più termini. Questo permesso non sta espressamente nella compilazione del» l'art. 1244 (1197); ma esso risulta da questo articolo per una conseguenza necessaria, » giacchè permette di concedere *al debitore dilazioni moderate.* Eglino adunque possono » concederne più di una, e per conseguenza dividere i pagamenti ». — La stessa dottrina è quella di Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 300, e di Pardessus, *droit commerc.*, n. 207.

Ma Duranton, t. 12, n. 88, dopo di aver rifatta la discussione del Consiglio di Stato, ragiona così la sua opinione contraria a quella de' citati scrittori. « La quistione non è espres» samente decisa nè dall'articolo, nè dalla discussione cui esso diè luogo. Che dice da pri» ma l'articolo? *Che il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il paga» mento di un debito ancorchè divisibile.* Si soggiunge invero *nondimeno i giudici ec.* Ma » quantunque questo avverbio *nondimeno* par che faccia una modificazione alla regola, » tale modificazione dall'altra parte riguarda le dilazioni moderate che il giudice può con-

V. gli art. 1093, 1256, 1257, 1333, 1338, 1756, 1805.

1198. Il debitore di una cosa certa e determinata vien liberato, consegnandola nello stato in cui si trova nel tempo della tradizione; purchè i deterioramenti sopravvenuti non derivino da suo fatto o da sua colpa, nè dalle persone di cui dee rispondere; e purchè non fosse in mora prima de' deterioramenti.

» cedere, ed il creditore non si oppone a sì fatto potere: che anzi egli vi si assoggetta: soltanto chiede che il suo credito non sia diviso; e se vien dichiarato che il giudice può concedere *dilazioni*, ciò non vuol dire necessariamente che ve ne debbono essere molte per molti pagamenti, poichè non si parla in appresso che di un sol pagamento, *pel pagamento del debito*. D' altra parte, questa voce *dilazioni* si pone sovente in plurale per significare nondimeno un solo termine. Di più, nel dire l'articolo che l'esecuzioni giudiziali saranno sospese, vuole che *ogni cosa rimanga nel suo stato*: or non rimane nel medesimo stato se si divida, malgrado il creditore, un credito che non era diviso. Il perchè avuto ben riguardo a tutto, crediamo che la pretensione del creditore sia bene fondata. Quel che importa al debitore è di ottenere una dilazione per far sospendere l'esecuzione giudiziale, ed egli l'ottiene secondo tale sistema; il giudice gliela accorderà per l'intero debito, della medesima durata che per l'ultima parte, se l'avesse diviso, e volendo piuttosto il creditore che la cosa sia in tal modo, la sua domanda dobb'essere accolta. Se è vantaggioso per un debitore impossibilitato a pagare di liberarsi con pagamenti parziali, qual cosa è incontrastabile, può esser vantaggioso puranche pel creditore di non veder diviso il suo credito, e cessare in parte gl' interessi, mentre che non gli riuscirebbe di fare utili impieghi di piccole somme, che insensibilmente potrebbe spendere: or egli à un dritto fondato sopra un titolo, in vece che il debitore domanda un favore: l'oscurità del testo della legge sul punto in quistione deve dunque interpetrarsi secondo il suo interesse, o per dir meglio, secondo il suo dritto ».

In questa discordanza di opinioni, per noi è preferibile quella di Duranton, come più consentanea allo spirito del Codice che il minimo arbitrio possibile al giudice intende accordare. Se non è consentaneo alla sana politica, come ne conviene il sig. Toullier, accordar dilazioni al debitore e con ciò violare indirettamente la legge del contratto, sarebbe una gran ferita al credito pubblico l'adottare una massima che il giudice non sola può accordar dilazione al pagamento, ma anche ordinarne la divisione in pagamenti successivi. A noi sembra quindi che il 2.° comma dell'art. 1197 non è una eccezione al primo comma, ma una modificazione intesa unicamente ad impedire la rovina del debitore che alla scadenza è impossibilitato a pagar quel debito che la legge comanda di pagarsi per intero; ma non mai per una pietà pel debitore, à voluto esser la legge crudele pel creditore, e rovinarlo per la divisione di un capitale dato con la fiducia garantita dalla legge medesima di doversi restituire indivisibilmente.

Inoltre il progetto del codice (Locré, t. 6, p. 69, art. 140) autorizzava il giudice a *dividere il pagamento*; ma nell'art. passato in legge non si è riprodotta quest'autorizzazione. È vero che la discussione all'uopo avvenuta (Locré, t. 6, p. 91, n. 46) nel Consiglio di Stato è oscura, ma pare che essendosi soppresse le parole, *autorizzare a dividere il pagamento*, siasi inteso di restringere il potere del giudice unicamente ad accordar dilazione al pagamento. Questa idea si raccoglie dalla circostanza, che dopo la discussione del Consiglio di Stato, fu trasmesso alle osservazioni del tribunato, il secondo comma dell'art. in esame ne' seguenti termini: *il giudice, nondimeno, in considerazione della posizione del debitore, ed usando di questo potere con grande riserva*, PUÒ AUTORIZZARE LA DIVISIONE DEL PAGAMENTO: *può altresì autorizzare questa divisione in caso di contestazione su di una parte del debito*. Or il Tribunato nel domandare la soppressione di questo paragrafo, ragionò così la sua emenda. « Quanto alla prima frase di questo paragrafo, è sembrato » pericoloso di consegnare nel codice una disposizione sì favorevole all' arbitrio. Ciò sarebbe un germe da far piombare una gran quantità di domande di termini e dilazioni, sempre fondate sulla pretesa posizione del debitore. In fine, questa disposizione altererebbe la purità del principio consacrato nella prima parte dell' art. 1134 (1088) così concepito: *le convenzioni legalmente formate fan legge tra coloro che le han fatte*.

» Riguardo alla seconda frase di questo paragrafo, la sezione desidera che dessa sia » soppressa per un motivo infinitamente semplice. O il titolo è esecutivo, o non l'è. Nel » primo caso, il giudice non può arrestarne l'esecuzione. Nel secondo, l'esecuzione è sospesa di pieno dritto, da che evvi contestazione su tutto o parte del debito », Locré, t. 6, p. 132, n. 40.

Queste osservazioni del Tribunato non han fatto passare nell' art. il principio ammesso

1199. Se il debito sia di una cosa determinata soltanto per la sua specie, il debitore per esser liberato non è tenuto a darla della specie migliore, ma non potrà darla nè pure della peggiore (1).

V. gli art. 977, 1083, 1143.

1200. Il pagamento debbe effettuarsi nel luogo destinato dalla convenzione. Non essendovi destinazione di luogo, e trattandosi di cosa certa e determinata, il pagamento dee farsi nel luogo ove al tempo del contratto si trova la cosa che ne forma l'oggetto.

V. gli art. 1211, n.° 6, 1217, 1250, 1455, 1497, 1775, 1814, 1815 ll. cc. ; a 109 l. di eccez.

Fuori di questi due casi, il pagamento dee farsi nel domicilio del debitore (2).

---

dal progetto, che i giudici sono autorizzati a dividere il debito; ma ne anche è stato soppresso il secondo comma dell'articolo in discussione. Bisogna quindi conchiudere che nella redazione definitiva si volle ricorrere ad un sistema di transazione, autorizzando il giudice ad accordar una dilazione al pagamento, e niente altro. Nel senso di dilazione parlò anche l'oratore del Tribunato sig. Jaubert, in Locré, t. 6, pag. 208, n. 16.

(1) Il pagamento de' debiti di cose indeterminate (v. la nota 1, pag. 237) forma oggetto delle disposizione di questo articolo.

Nel pagamento de' debiti di cose indeterminate, non è applicabile il principio dell' art. precedente, nel quale è stabilito che il creditore è obbligato di ricevere la cosa nello stato in cui si troverà nel momento del pagamento. Se, p. es., ho promesso un cavallo a Tizio, senza specificare qual fosse questo cavallo; se mai uno de' cavalli della mia scuderia diventasse cieco, non potrei costringere il creditore a riceverselo in pagamento, ma debbo dargli un cavallo che non abbia alcun vizio notabile ; l. 38 in fin. ff. *de solut.*; Pothier, *obligat.*, n. 545.

Debbe inoltre considerarsi, che se nel pagamento di debiti di cose indeterminate è al debitore accordata la scelta della cosa per estinguere il pagamento, questo dritto non si estende al certo sino al punto di scegliere, tra le cose della stessa specie, quella di peggior qualità. Su di che conviene principalmente considerare, se la convenzione faccia o pur no menzione delle *qualità* della cosa determinata soltanto nella specie: tanto nell'uno che nell'altro caso, il debitore della specie che à scelto, non può pagare con una cosa della *peggiore* qualità, nè con quella *immediatamente* prossima alla peggiore, ma con una cosa di media bontà. P. es., Tizio si è obbligato di consegnare a Cajo una salma di olio; non essendosi determinata le qualità degli olii, Tizio pagherà validamente con gli olii di Rossano o di Gallipoli, a sua scelta; ma fatta la scelta per l'olio di Rossano, o pure dovendo l'olio di Rossano per effetto della convenzione, non può dare l'olio di Rossano della peggiore qualità, nè quello immediatamente prossimo a quello di peggior qualità, ma una qualità di olio di bontà media tra il migliore e 'l peggiore. Voet, *ad pandectas*, tit. *de solutionibus*, n. 9.

(2) I. *Del luogo convenuto pel pagamento.* — Allorchè nella convenzione è fissato il luogo pel pagamento, si presume che il luogo siesi convenuto tanto per l'utilità del creditore che per quella del debitore. Non può quindi il debitore obbligare il creditore a ricaversi il pagamento in un luogo diverso da quello fissato dalla convenzione. Secondo i principj del dritto romano contenuti nel titolo *de eo quod certo loco*, poteva il creditore domandare al debitore il pagamento in un luogo diverso, bonificando per altro i danni che potesse soffrire il debitore; ma questo titolo del digesto ch' era osservato in molti stati di Europa ed in Italia (come attestano Fabro, C. l. 3, tit. 12, def. 2, de Franchis *dec.* 50) non lo era in Francia, dice Pothier, *obligat.*, n. 239, e quindi non si può oggi invocare, essendosi dal codice i principj di Pothier adottati. Toullier, t. 7, n. 85.

Se, con la convenzione si stipula che la cosa dovuta sarà pagata al domicilio del creditore, il quale trovavasi allora in una medesima città col debitore, e che posteriormente il creditore vada a fissare la sua residenza in un' altra città, il debitore avrà dritto a chiedere che, per ricevarsi il suo pagamento, il creditore elegga un domicilio nella città dove dimorava, allorchè la convenzione ebbe luogo, e mancando lo stesso di fare una tale elezione, il debitore debb' essere autorizzato a depositare la cosa dovuta. Questa decisione è fondata sul motivo che il cambiamento di domicilio del creditore non dee per nulla essere onaroso al debitore: *nemo alterius facto praegravari debet*. Pothier, *obligat.*, n. 549; Duranton, t. 12, n. 101.

Se, il creditore non à nel luogo convenuto pel pagamento, nè il suo domicilio, nè il domicilio eletto per l'esecuzione dell'atto, il debitore che vuole pagare, dove farlo citare a persona o a domicilio reale, di trovarsi nel luogo convenuto pel pagamento: e non facendosi ivi trovare, il debitore può citare il suo creditore nel proprio domicilio per farsi au-

torizzare a depositare l'oggetto del pagamento nel luogo convenuto. La ragione si è che la indicazione del luogo convenuto pel pagamento in materia civile (*diversamente in materia commerciale*, art. 626 leg. di eccez.) accompagnato anche dalla designazione della persona nel cui domicilio il pagamento dee esser fatto, non equivale punto all'elezione del domicilio fatta dal creditore per l'esecuzione dell'atto, conformemente all'art. 116. Per esempio, se mi obbligo di pagarvi a Lecce una somma, al domicilio del tale notaio, senza aggiungere che ivi fo elezione di domicilio, una simile indicazione, in materia civile, non vi autorizza nè a farmi citare nel domicilio del notaio, nè a citarmi avanti al tribunale di Lecce, nella cui giurisdizione non domicilio: Cass. di Parigi, 29 ottobre 1810, Sirey, 10, p. 378; Toullier, t. 7, n. 86 a 88; Duranton, t. 12, n. 99.—In senso contrario, l'elezione di domicilia per l'esecuzione dell'atto non è di per sè stessa una indicazione del luogo in cui dee farsi il pagamento; ma è una indicazione del luogo in cui debbono intimarsi gli atti giudiziari e le domande concernenti l'esecuzione del contratto; tranne i casi in cui le parole dell'atto o le particolari circostanze rendessero evidente che l'intendimento delle parti fu puranco d'indicare il luogo stabilito come quello nel quale dovea farsi il pagamento. Duranton, t. 12, n. 100.

Deve finalmente osservarsi, che quando la convenzione fisse due luoghi diversi pel pagamento, se ciò è in forza di una particella congiuntiva, il pagamento dee farsi metà nell'uno e metà nell'altro, l. 2, § 4, ff. *de eo quod certo loco*; se con una particella disgiuntiva, il pagamento dee farsi in un solo interamente, a scelta del debitore, l. 2, § 3, ff. d. tit. Pothier, *obligat.*, n. 241; Toullier, t. 7, n. 89.

II. *Se nella convenzione non vi è designazione di luogo per pagare un debito.*—Essendo la cosa *certa e determinata*, il pagamento deve farsi nel luogo ove al tempo del contratto si trova la cosa che ne forma l'oggetto: così dispone l'art. in esame. Questo principio viene applicato a' contratti particolari:

1.° Nella vendita, la tradizione della cosa deve farsi nel luogo in cui si trovava la cosa venduta, art. 1455. Supponete, p. es., che voi mi abbiate venduto il grano ch'è ne' granai della vostra tenuta, è là che deve farsene la consegna al compratore, il quale deve farlo caricare a sue spese, non essendo io tenuto che a consegnarglielo dove si trova; l. 47, § 1, ff. *de legatis* 1.°; Pothier, *obligat.*, n. 548; Toullier, t. 7, n. 90.

In conseguenza, se posteriormente alla nostra convenzione, voi aveste trasportato il grano di cui trattasi, in luogo d'onde il trasporto mi fosse divenuto più dispendioso, io avrei dritto ad esigere da voi, a titolo di danni interessi, ciò che avrei pagato per questo trasporto al di là di quello che me ne sarebbe costato, se il grano fosse rimasto nel luogo dov'era nell'atto della convenzione. Pothier, *obligat.*, n. 548; Toullier, t. 7, n. 91.

2.° Che, dovendosi, come si è detto nel n.° precedente, farsi la tradizione o il pagamento delle cose vendute nel luogo in cui trovansi nel momento dell'obbligazione, nello stesso luogo deve farsi dal compratore il pagamento del prezzo, art. 1497. S'intende già che questa disposizione à luogo nelle vendite pure e semplici, poichè è allora che il compratore deve pagare nel momento della tradizione, senza di che il creditore potrebbe negarsi a consegnar la cosa. Ma se il venditore non esige nel momento della tradizione il pagamento del prezzo, o delle mercanzie che sono espressamente vendute a termine, il venditore non à azione che a domandare il prezzo, e conseguentemente egli deve citare o far precetto nel domicilio del debitore, conformemente all'ultimo comma dell'art. in esame. Toullier, t. 6, n. 90; Merlin, rep., v. *tribunal de commerce*, n. 6; Duranton, t. 12, n. 98; Duvergier, *de la vente*, n. 198.

3.° Nel deposito, in mancanza di particolare convenzione, la cosa depositata si deve restituire nel luogo stesso del deposito; art. 1815.

Luogo del pagamento pel debito di una cosa indeterminata —La indeterminazione della cosa impedendo che si possa assegnare un luogo dove la stessa sia, è chiaro che il luogo del pagamento non può esser quello in cui la cosa trovasi; bisognerà adunque pagarla al luogo dove sarà domandata; cioè al domicilio del debitore. Questa decisione dell'ultimo comma dell'articolo in esame è fondata su ciò, che una convenzione nella quale le parti non si sono spiegate, deve interpetrarsi a favore del debitore, anzichè a favore del creditore; d'onde segue che il luogo del pagamento non essendo stato designato, debb'esser quello ch'è il meno oneroso al debitore. Quindi, se mi si dee una botte di vino, una quantità di grano, una somma di danaro, la cosa dev'esser pagata nel luogo in cui viene richiesta, cioè nel domicilio del debitore.

Questa regola generale soffre qualche modificazione nel mutuo, e propriamente nel mutuo di derrate soggette a variazioni di prezzo. Le derrate date a mutuo si dovrebbero restituire nel luogo in cui fu fatto il prestito, per argomento dell'art. 1775; imperciocchè

1201. Le spese del pagamento sono a carico del debitore (1).

V. gli art. 1013, 1438, 1454.

§ II.

Del pagamento con surrogazione (2).

1202. La *surrogazione* ne' diritti del creditore a favore di un terzo che

---

se il mutuatario potesse fare la restituzione nel luogo del suo domicilio, e le derrate mutuate vi avessero meno valore che nel luogo in cui le ricevette, il creditore riceverebbe un valore minore di quello mutuato: *viceversa*, se le derrate valessero, nel tempo della restituzione, di meno nel domicilio del mutuante, il debitore vorrebbe restituirle in questo domicilio, poichè il dritto del debitore di pagare nel suo domicilio non gli toglie la facoltà di offrire il pagamento al creditore nel costui domicilio. Or non essendo giusto che l'evento e la variazione de' prezzi sia tutto a favore del debitore in pregiudizio del creditore, sembra regolare il decidere, che la restituzione debba farsi nel luogo in cui fu fatto il prestito. Pothier, *du prêt de consumption*, n. 46; Dur., t. 12, n. 98; Duvergier, t. 6, n. 208.

(1) Un atto col quale il creditore dichiara che à ricevuto dal debitore tutto o parte dell'oggetto dell'obbligazione, chiamasi *quietanza*. Interessa al debitore che paga di ottenere la quietanza dal creditore, poichè chi si vuole liberato da una obbligazione, deve provarlo, art. 1269. È una conseguenza di questo principio, che le spese del pagamento vanno a carico del debitore.

Una quietanza può esser data sotto firma privata, o per atto autentico. Dovendo il debitore sopportare le spese della quietanza, à il dritto di chiedere che gli sia rilasciata in atto autentico (Pothier, *obligat.*, n. 550; Toullier, t. 7, 94) e per mano di un notaio di sua fiducia, poichè ciò è nello spirito dell'art. 1201.

Ciò nonpertanto, allorchè il creditore non può, per non sapere scrivere, rilasciare una quietanza sotto firma privata al debitore che se ne contenterebbe, non sembra giusto che in questo caso le spese della quietanza in atto autentico andassero a carico del debitore; perciocchè essendo il creditore obbligato a rilasciare la quietanza, la sua impotenza a rilasciarla in forma privata, non deve gravare la condizione del debitore. Toullier, t. 7, n. 95.

Da ultimo è notevole, che il creditore deve restituire al debitore il titolo creditorio nel momento in cui riceve il pagamento, perciocchè avendo il debitore il dritto di chiedere dal creditore la quietanza, è giusto altresì che il titolo sia restituito al debitore; l. 14, C. *de solut.*; l. *qui tabulas* ff. *de furtis*; Olea, *de cessione jurium*, tit. 7, quaest. 1, n. 8.

(2) I. *Surrogazione personale.*—La sostituzione di un creditore ad un altro creditore, quando i dritti del creditore che viene pagato passano all'altro che à somministrato il suo danaro per lo pagamento, chiamasi *surrogazione*. Renusson, *traité de la subrogation*, c. 1, n. 10.

La parola *surrogazione*, come noi l'adoperiamo, ci viene dal dritto canonico, giusta l'osservazione di Renusson, ibid., n. 8. Ne' titoli del digesto e del codice *de his qui in loc. prior. credit. succ.* vien chiamata *cessio actionum*, *successio in jus*, ciò che noi chiamiamo *surrogazione*, ed Olea (*de cessione jurium et actionum.* tit. 4, quaest. 1, n. 1) chiama *subingressia* la surrogazione che à luogo *ipso jure*.

Non eravi nell'antica giurisprudenza materia tanto sottile e difficile, quanto quella della *cessione de' dritti e delle azioni*. Diceva Bertazolo (*de claus.*, *claus.* 29, *glos.* 4, n. 4), *modo in hac materia cessionis plures se offerunt quaestiones examinandae discutiendaeque, quas quidem materia est valde dubia, et in ea diversi diversa sentiunt.*

Quantunque molte difficoltà surte tra gli antichi scrittori per l'oscurità delle leggi romane, sieno ora scomparse e spianate in questa nazione, ciò non pertanto la materia essendo per se stessa sottile e difficile, si sono tra gli scrittori moderni suscitate gravi difficoltà, così che si può anche oggidì ripetere, che in questa materia *diversi diversa sentiunt*. Nelle note a' rispettivi articoli di questa sezione saranno queste difficoltà esaminate.

Giova intanto fermarci preliminarmente alla diffinizione delle voci che in questa materia vengono adoperate, ed alle loro differenze caratteristiche, poichè varie controversie sono insorte tra i giureconsulti per aver confuso il senso delle voci tecniche, e che bene spesso si usurpano a vicenda.

Poichè, come abbiamo accennato, presso i giureconsulti antichi la *surrogazione* veniva intesa sotto la denominazione di *cessione*, conviene fermarci alla definizione di questa voce e delle altre nello stesso senso adoperate.

La voce *cessione* à nel dritto molte significazioni, come può vedersi nel Lexicon Calvini, v. *cessio* o *cedere*. Per ciò che appartiene alla nostra materia, *cedere* importa trasferire i dritti da una persona ad un'altra, l. 2, ff. *de nox. act.*; e in altri termini, *cedere dicitur quasi discedere et alium sui loci ponere*. Quindi si definisce la cessione, *juris et actionis translatio*, o come dice Alciato, *proprii juris in alterum facta translatio, seu collatio*. Lexicon Calvini, v. *cessio*; Olea, *de cessione jurium*, tit. 1, quaest. 1, n. 85 a 89.

gli fa il pagamento, è *convenzionale*, o *legale* (1).

In dritto si adoperano promiscuamento le parole *cedere*, *concedere*, *transferre actionec*. Si dice puro *vendere i dritti*, per *cedere*, l. 17 o 36, ff. *de fidejuc.*; — *delegare*, per *cedere*, Gotofredo, sulla l. 1, C. *contr. jud. tut.*; — *renunciare*, per *cedere*: Olea, tit. 1, quaest. 2, n. 9 a 10.

Ma, quantunque questo voci si adoperano bene spesso promiscuamente, bisogna però osservare, che tra taluno di esse sonovi delle notabili differenze. È cardinale quella tra la *cessione* e la *rinuncia*, la *cessione* e la *delegazione*; su di che fa d'uopo di rapidamente intrattenerci.

Si distinguo in dritto la rinuncia *traslativa* dalla *estintiva*. La *traslativa* à luogo, quando taluno si priva di un dritto e lo trasferisce in beneficio di colui in cui favore è fatta la rinuncia. La *estintiva* è quella che opera la estinzione del dritto, senza cho colui cha lo estingue ad altri lo trasmetta. Or è chiaro che la rinuncia *estintiva* differisce essenzialmente dalla cessione; ma la rinuncia *traslativa* equivale alla cessione. Con la rinuncia estintiva, il creditore *videtur renunciare simpliciter*; con la traslativa *videtur renunciare, ut detur alteri*. Olea, *de cessione jurium*, tit. 1, *quaest.* 2, n. 13 a 19.

La cessione differisce dalla delegaziono: 1.° *per l'oggetto*, poichè l'oggetto della delegaziono è quello di mettere un debitoro in luogo di un altro, *delegare est vice sua reum ilium dare creditori*, l. 3, C. *de hic qui in prior. loc. succed.*, art. 1227; o per l'opposto la cessione motto un creditore in luogo di un altro, ed è qualcho volta la legge che concede la surrogazione; 2.° *per gli effetti*, poichè la cessione trasferisce i privilegî e le ipoteche al cessionario; al contrario la delegazione estinguo il debito, e per conseguenza i privilegi o lo ipoteche che vi erano annessi; art. 1232.

Ciò che si è detto della *cessione* adoperata nel linguaggio degli antichi giureconsulti, s'intende detto della *surrogazione*, che cioè, è la sostituzione, la successione di un creditore nel luogo di un altro. Vedremo nella pag. 348, se sievi alcuna differenza tra la cessione propriamento detta, ch'è una vera vendita, giusta gli art. 1535 o seg., con la surrogazione convenzionale concessa dal creditore.

Dal fin qui detto si rileva a chiare note, cho in questa seziono il legislatore si occupa della surrogazione *personale*, cioè della trasmissione de'dritti di un antico creditore ad un nuovo. — Si conosce ancho in dritto la surrogazione *reale*, che à luogo quando una cosa viene surrogata ad un'altra, cho prende il suo luogo, e che è riputata avere una stessa qualità che l'altra.

II. *Surrogazione reale.* — Ognun comprendo che la surrogazione *reale* non consisto se non in una finzione; perciocchè puossi ben fingere che una cosa sia la medesima cho un'altra, ma non si può giammai realizzare questa identità. Or le finzioni sono di stretto dritto, *fictio non extenditur de re ad rem*, *de persona ad personam*, *de casu ad casum* (Lexicon Calvini, v. *fictio*), e bisogna conoscere in quali casi la surrogazione reale è operata dalla legge, mentre è un principio che, *subrogatum capit naturam subrogati*, ossia qualunque cosa surrogata ad un'altra ne à la natura e ne rappresenta tutte le qualità. Così:

1.° La surrogazione à luogo di pieno dritto nelle azioni universali, *in judiciis universalibus*, così che *res succedit in locum pretii*; e *pretium succedit in locum rei*.; Bartolo sulla l. 70, § 3, ff. *de legatis 2*; Joannes Faber, sulle instituzioni, tit. *de actionibus*, § *si fuerat*; Voet, tit. *de rei vindic.* n. 10 e 21; Einneccio, Inst. *de actionibus*, § 1032. Il codice ci somministra un esempio di così fatta surrogazione: verificandosi il caso del ritorno dell'assente, la universalità de'cui beni era stata dichiarata a favore degli eredi presuntivi, ricupererà *il prezzo de' beni alienati, ovvero i beni col prezzo medesimo acquistati*; art. 138.

Laddove non trattasi di universalità di beni, ma di cose particolari, non evvi surrogazione cho ne casi espressi dalla legge: Voet, tit. *de rei vindic.* n. 21; questi casi sono:

1.° Nella riversione legale a favore dell'ascendente donante, il prezzo non pagato della cosa alienata dal donatario, è surrogato alla cosa medesima: art. 670.

2.° Nel caso di ritorno de'beni donati a'figli naturali, il prezzo è surrogato alla cosa, e viceversa; art. 681.

3.° Il fondo permutato con l'immobile dotale è surrogato all'antico: art. 1372.

4.° L'immobile acquistato col danaro dotale diventa dotale, se la condizione dell'impiego sia stata stipulata col contratto matrimoniale; art. 1366.

Non avendo la legge pronunziato surrogazione in altri atti a titolo particolare, bisogna conchiudere cho non evvi surrogazione di prezzo alla cosa venduta; e perciò la l. 48, § ultimo ff. *de furtis* dichiara che il danaro provegnente dalla vendita di una cosa rubata, non è riguardato come furtivo.

(1) Il terzo che paga il creditore pel debitore, può esser surrogato per effetto della convenzione, nelle ragioni del creditore: in taluni casi la surrogazione à luogo per dichia-

1203. La surrogazione è convenzionale,

1.° quando il creditore, ricevendo il suo pagamento da una terza persona, la surroga ne' suoi diritti, azioni, privilegj o ipoteche contra il debitore: tal surrogazione debbe essere espressa e contemporanea al pagamento (2);

V. gli art. 1333 e, a 1998.

---

razione delle legge. La surrogazione adunque è a favore del *terzo*, e non può in alcun caso esser convenuta nell'interesso del debitore, perciocchè il debitore che paga il creditore non succede nelle costui ragioni, ma col pagamento estingue non solo l'obbligazione principale, ma anche gli accessori, come le fidejussioni, le ipoteche; *princip.* Inst. *quibus modis tollitur obligatio*, l. *item liberatur* ff. *quibus modis pignus vel hypotec.*, l. 43, ff. *de solut.* Sarebbe quindi improduttiva di effetto la cessione de'dritti che il debitore avesso, nell'atto del pagamento, ottenuta dal creditore. Capocelatro, *decis.* 16, n. 19; Merlino *de pignoribus et hypot.*, lib. 4, tit. 4, quaest. 77, n. 5; Olea *de cessione jurium*, tit. 4, quaest. 1, n. 2 e 3.

Stabilito l'oggetto della surrogazione, ch'è quello di far subentrare un nuovo creditore nelle ragioni dell'antico (vedi la nota precedente), questa surrogazione può esser dipendente dalla convenzione, o dalla legge. Vedremo nelle osservazioni agli articoli seguenti, che queste due specie di surrogazione, cioè la *convenzionale* e la *legale*, sono prese dal dritto romano. Qui dobbiamo avvertire, che il dritto romano riconosceva altresì la surrogazione accordata dal giudice. Il giudice poteva costringere il creditore a cedere le sue ragioni per tre motivi: 1.° Quando la cessione de'dritti essendo stata stipulata, il cedente negavasi ad eseguire la convenzione, l. stichum, § si mandato, ff. *de solut.*—2.° Quando l'equità consigliava al giudice di costringere il creditore a cedere le sue ragioni, l. 45, § *quis pro alio*, ff. *de jure fisci*, l. 18, ff. *de fidejussoribus*;—3.° Altre volte per via di eccezione poteva il creditore esser costretto a cedere le sue ragioni, e questa eccezione prendeva il nome di *cedendarum actionum*, l. nulla, C. *de solut.*, ult. C. *de fidejussoribus*. Olea, à bellamente raccapitolata la teorica sul procedimento autorizzato dalla giurisprudenza per costringere il creditore a cedere le azioni, nel tit. 5, quaest. 1 e 8 del suo trattato *de cessione jurium*.

Avendo l'art. in esame stabilito in principio, che la legge ammette due specie di surrogazioni, la *convenzionale* e la *legale*, ne à conchiuso Toullier, t. 7, n. 113, che la surrogazione giudiziaria ammessa dal dritto romano, è formalmente proscritta dal codice. Un giudice, conchiude Toullier, che attualmente ordinasse al creditore di cedere i propri dritti, o che pronunciasse la surrogazione fuori da'casi espressi nella legge, esporrebbe il suo giudicato alla censura.—Per lo contrario, Duranton, t. XII, n. 113 trova negli art. 1257 e 1807 una ragione potentissima per istabilire, che anche sotto l'impero del codice, si è ritenuta la regola della *cessione forzata*. Ma a noi sembra, che la cessione forzata di cui è parola negli art. 1257 e 1807, nulla à di comune con la surrogazione di cui qui si tratta.

(2) Sulla surrogazione convenzionale accordata dal creditore, sono a considerarsi le seguenti cose: 1.° Fondamento di questa specie di surrogazione; 2.° De'differenti dritti del creditore, cui può essersi surrogato; 3.° Condizioni richieste per la validità della surrogazione accordata dal creditore; 4.° Effetti della surrogazione accordata dal creditore; 5.° Precauzioni che deve prendere il surrogato per la conservazione de'privilegi e delle ipoteche.

I. *Fondamento della surrogazione accordata dal creditore.*—Il pagamento per sua natura estingue il debito e tutte le garantie annessevi, l. 43, ff. *de solut.* Come dunque il creditore, che riceve da un terzo ciò che gli è dovuto, può mettere questo terzo nel suo luogo, o cedergli que'dritti che cessano di esistere in quell'istante medesimo in cui viene effettuato il pagamento? Il giureconsulto Paolo facesi la stessa obiezione, nella l. 36, ff. *de fidejussoribus*: egli vi risponde dicendo, che il primo creditore il quale ne surroga un altro, *non in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit*; ed è da ciò ch'è derivata la massima triviale, *magis emisse nomen, quam solvisse videtur*. Esigendo l'equità che i dritti dell'antico creditore fossero conservati in favore del nuovo creditore, si suppose per una di quelle finzioni comunissime nel dritto romano, che l'antico creditore nel ricevere il suo pagamento, avesse fatto una specie di vendita, e che quindi il credito soddisfatto non fosse pertanto stato annullato. Cujacio, sulla l. 76, ff. *de solut.*; Dumoulin, *de usuris*, quest. 49, n. 445.

Segue da ciò, che la surrogazione concessa dal creditore dovrebbe considerarsi come una vera cessione. Nulladimeno i giureconsulti non sono di accordo su questa proposizione. In una consulta scritta da Grappe ed inserita nel repertorio di Merlin, v. *subrogation*,

V. l'art. 1998.

2.° quando il debitore prende a prestito una somma, ad oggetto di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante ne' diritti del creditore. Per-

§ 1, si sostiene che la surrogazione non dà al secondo creditore che gli accessori, il pegno e le cautele del primo: essa fa succedere l'uno nel luogo dell'altro, nell'ordine e nel grado delle ipoteche e de' privilegi; ma non dà al primo la stessa azione, perchè quest'azione è svanita per effetto del pagamento. Questa dottrina è stata energicamente confutata da Toullier, t. 7, n. 118 a 121, il quale con solidi argomenti à messo in veduta, che la surrogazione concessa dal creditore è una vera cessione, e se vuol trovarsi una distinzione, convien dire ch'esiste tra esse la stessa differenza che vi è tra la causa e l'effetto. La cessione è la causa, la surrogazione è l'effetto. Il terzo che paga non è surrogato, ossia non subentra nel luogo del creditore, se non colla cessione dei dritti di costui. Il surrogato non gli succede, e non rappresenta la sua persona, se non per effetto della cessione. Da questo sistema, Toullier ne' numeri seguenti deduce; 1.° che tra le condizioni richieste per gli effetti della surrogazione sonovi le prescrizioni degli art. 1535 e seg. relativi alla cessione de' dritti; 2.° che il surrogante è nell' obbligo di garantire il creditore surrogato. Ciò sarà meglio spiegato nella pag. 350 e 351.

Dopo Toullier, Duranton t. 12, n. 114 e 121, conviene che la surrogazione concessa dal creditore à i risultamenti generali della vendita del credito, ossia della cessione; ma nei num. 122 e 125 modifica il principio, ritenendo di non essere applicabili alla surrogazione, le regole della cessione di cui parleremo nelle pag. 350, n. *quarto*, e 351.

Anche Troplong, *hypot.*, n. 349 e 353 bis, considera la surrogazione concessa dal creditore come una cessione; e soltanto impugna la conseguenza di essere il surrogante tenuto alla garantia, come nella cessione. Vedremo nella pag. 351 che la dottrina di Troplong su questo punto è stata contrastata.

Finalmente Duvergier, *de la vente*, n. 165 nello disamina di questa discussione, ritiene come un punto incontrastabile di dritto, il principio discusso a fondo da Toullier, che la surrogazione fatta dal creditore a beneficio di una terza persona che lo paga, dev'essere assimilata alla cessione propriamente detta, sotto tutt'i rapporti, finanche in ciò che concerne l'obbligazione di garantire.

Da questa rapida escursione delle dottrine degli autori sul parallelo tra la cessione e la surrogazione concessa dal creditore, si può dedurre: 1.° Che tutti convengono del fondamento della surrogazione in parola, non è la cessione che la causa della surrogazione; 2.° Che ammesso il principio, bisogna altresì ammettere tutte le conseguenze che logicamente ne risultano.

II. *De' differenti dritti del creditore cui può essersi surrogato.* — Con la surrogazione acquistando il surrogato tutt'i dritti del creditore originario, questi dritti sono di tre specie:

1.° I *dritti personali*, che suppongono solamente un'azione personale contro il debitore per farlo condannare all'adempimento della sua obbligazione:

2.° I *privilegi personali* (1), così chiamati, non perchè attaccati alla persona, ma perchè non interessano che la persona del debitore, e non recano pregiudizio agli altri suoi creditori. Tal è il dritto di esecuzione parata inerente agli atti autentici, il dritto di arresto personale ch'è annesso a certi debiti. Or la surrogazione al creditore, il cui titolo è esecutivo o portante l'arresto personale contro il debitore, quantunque un vantaggio presentasse per colui che paga, questi vantaggi non interessano al certo gli altri creditori e perciò sono detti privilegi personali. Merlin, rep., v. *subrogation de personne*, sez. 2, § 2, n. 2; Toullier, t. 7, n. 160.

3.° I *privilegi* e le *ipoteche*, che danno al credito la preferenza sugli altri, sono lo scopo principale della surrogazione, poichè si vede bene che la surrogazione presenta poco interesse quando il credito non è rivestito di privilegi o d'ipoteche. Per impedire quindi le frodi che potessero commettersi in pregiudizio de' creditori posteriori o chirografari, la legge à dovuto prendere delle precauzioni, perchè la surrogazione non desse luogo a tali inconvenienti. Toullier, t. 7, n. 99, 100 e 160.

III. *Condizioni richieste per la validità della surrogazione accordata dal creditore.* — Di queste condizioni non si mettono in dubbio due: 1.° Che dev'essere fatta contemporaneamente al pagamento; 2.° Che dev'essere espressa. È controvertito poi: 1.° Se dev'es-

(1) Per dritto romano si qualificavano *personali* i privilegi i quali non davano preferenza che sopra i creditori chirografari, l. 9, C. *qui potior*. Ma questa specie di privilegi non è riconosciuta nel nostro dritto. Troplong, *hypot.*, n. 23.

chè sia valida tal surrogazione, è d'uopo che la scrittura di prestito e la quietanza si facciano innanzi notajo; che nella prima si dichiari di essersi tolta

---

sere accompagnata dalla consegna del titolo; 2.° Se dev'essere denunziata al debitore. Sviluppiamo queste proposizioni.

Primo. — La surrogazione dev' esser fatta contemporaneamente al pagamento.—Così dispone il primo n.° dell'art 1203 in esame, e la ragione ne è evidente: il pagamento fatto senza una pronta cessione di azioni, ben lungi di trasferire il debito o l'ipoteca, l'estingue e l'ammortisce interamente, e per conseguente il creditore non potrebbe dopo il pagamento trasferire que'dritti che non à più, l. 54, ff. *de reg. jur.*, l. 76, ff. *de solut.* Ne conchiude quindi Toullier, t. 7, n. 116, che la surrogazione non sarebbe valida se fosse fatta nello stesso giorno del pagamento, ma con atto separato dalla quietanza, per la ragione che la legge richiede che lo surrogazione sia *contemporanea al pagamento*. È necessario che la surrogazione sia *contemporanea al pagamento*, onde impedire che torni ad aver luogo un credito estinto, in danno degli altri creditori.

Ed è tanto necessario che la surrogazione abbia luogo al tempo stesso del pagamento, che sarebbe inefficace quella fatta in un atto posteriore al versamento delle somme, quando anche l'intenzione di operarla risultasse dallo stesso atto del pagamento, e l'adempimento vedesi ritardato per circostanze indipendenti dalla volontà delle parti. Così, se il creditore nel momento che rilascia la quietanza riserva al terzo la surrogazione per non avere i titoli pronti, l'atto consecutivo di surrogazione non sarà efficace, perchè fatto posteriormente al pagamento, che avea di già estinte le azioni del creditore. Toullier, t. 7, n. 116; Favard, rep. v. *subrogation*; Cass. di Parigi, 30 luglio 1838; Sirey, 38, 2, p. 291.—*Contra*, Duranton, t. XII, n. 116, ed una decis. dalla corte reale di Grenoble de'30 giugno 1835, Sirey, 36, 2, 145.

Notisi in fine, che la legge non richiede un atto autentico per la surrogazione accordata dal creditore, come lo richiede nel n.° 2 dell'art. 1203 risguardante il caso della surrogazione accordata dal debitore. Toullier, t. 7, n. 116; Delvincourt, t. 3, t. 5, nota 314.

Secondo. — La surrogazione dev' essere espressa. —È questa l'altra condizione richiesta dal n.° 1 dell'art. in esame. Ciò vuol dire, che la semplice quietanza rilasciata al terzo che paga pel debitore, non importa surrogazione, ma estinzione del debito, salva al terzo l'azione *mandati* o *negotiorum gestorum* contro il debitore, siccome abbiamo dimostrato nella nota 1, pag. 323. Per esservi surrogazione si richiede la volontà manifestata dal creditore di surrogare il terzo ne'suoi dritti. Non vi sono in questa materia parole sacramentali, nè è necessario di fare una enumerazione di tutt'i dritti cui s'intende sorrogare: basta la semplice dichiarazione di *surrogare ne'dritti*, o *cedere i dritti*, o *vendere i dritti*, per intendersi che tutt'i privilegi ed ipoteche inerenti al credito passano al creditore surrogato. Toullier, t. 7, n. 120, 121, 122; Delv., t. 3, t. 5, nota 313; Duranton, t. XII, n. 119, 120 e 121.

Terzo. — Se la surrogazione dev' essere accompagnata dalla consegna de' titoli.—La consegna del titolo è considerata da Toullier, t. 7, n. 125 (il quale fonda la sua opinione sul complesso degli art. 1095, 1535 e 1536) come una condizione essenziale per la validità della surrogazione concessa dal creditore, ad oggetto d'impedire che un creditore di mala fede li ceda ad un altro individuo, il quale sarebbe preferito al primo sorrogato, se la consegna de' titoli gli venisse fatta prima che il debitore avesse pagato, o prima che costui avesse accettata la surrogazione, o prima che gli fosse stata denunciata. Toullier dunque implicitamente conviene, che se il titolo fosse consegnato dal creditore ad una seconda persona *dopo* che il debitore avesse pagato, o che avesse accettato la surrogazione, o che gli fosse stata denunziata, questa seconda persona non sarebbe preferita, quantunque il titolo non si fosse consegnato al surrogato. Sicchè il principio stabilito da Toullier, che la consegna del titolo è necessaria per rendere valida la surrogazione, non è esatto, nel suo stesso sistema, come à dimostrato Duranton, t. XII, n. 126. Imperciocchè, considerando la surrogazione come una vera cessione, non può dirsi che la legge à richiesto come essenziale, nell'interesse de'terzi, la consegna del titolo al cessionario; ma è la denunzia della cessione che opera la trasmissione, rispetto a'terzi, art. 1536.

Nè vale il dire, che il creditore avendo conservato i suoi titoli, à potuto facilmente indurre in errore i terzi di buona fede che ignoravano la surrogazione e la denunzia, e che non avendo il primo surrogato chiesta la consegna de'titoli, debbe per un credito mobiliare preferirsi chi è in possesso del titolo, per l'art. 1095. Questa obiezione è più speciosa che solida, per tre ragioni: 1.° L'art. 1095 riguarda le cose puramente mobiliari, cioè le cose mobili materiali, e non già i mobili per finzione di legge, i quali non sono capaci di possesso materiale; 2.° Il credito non ista nel titolo, ma il titolo serve di pruova,

a prestanza la somma per fare il pagamento; e che nella quietanza si dichiari di essere stato fatto il pagamento co'danari somministrati a tale effetto

---

così cho il debitore che paga o non cura di ritirare il titolo, à estinto l'obbligazione, nè potrebbe esser convenuto da un terzo cui il creditore avesse ceduto il credito, quando la quietanza ò data certo anteriore alla cessione, art. 1282: ciò comprova che la sola consegno del titolo creditorio nelle obbligazioni civili (*) non basta per convenire il debitore; 3.° La legge non esige cho la formalità della donunzia, acciocchè la cessione produca il suo effetto rispetto a'terzi, e questa formalità essendo sufficiente per proteggere tutt'i dritti, i terzi non possono opporre la mancanza della tradizione del titolo tra le parti. Di fatti, colui cui viene proposta la compra di un credito, à un mezzo sicuro di sapere se il proprietario ne à già fatta anteriormente una trasmissione; egli non deve far altro che dirigersi al debitore o domandargli se abbia ricevuta la denunzia di altra cessione, o se egli l'abbia accettata. Su la sua negativa, si può farne l'acquisto con sicurezza.

Sicchè la consegna de' titoli non è necessaria per rendere perfetta la surrogazione in faccia a'terzi, ciò che si è ancho deciso per le cessioni: decis. dalla corte di Bruxelles, da' 20 gennajo 1808, Sirey, 7, 2, 253; della corte di Bordò, 21 agosto 1831, Sirey, 32, 2, 25; corte di Parigi, 3 gennajo 1831, Sirey, 32, 2, 394.

Quarto — Se il surrogato per acquistare la proprietà del credito, rispetto al debitore ceduto, deve denunziargli la surrogazione, o ottenerne l' accettazione.—Su questo punto, Toullier, t. 7, n. 127 insegna l'affermativa, poichè avendo nel suo sistema stabilito di essere il surrogato dal creditore un vero cessionario, gli è applicabile l'art. 1536. Questa dottrina è stata impugnata da Duranton, t. XII, n. 124 e 125, e forse senza successo, perciocchè se Duranton conviene che il debitore pagando il creditore surrogante prima della denunzia della surrogazione viene liberato, ciò comprova la verità del principio che il dritto del surrogato, relativamente al terzo, non comincia se non dal momento in cui viene denunziata la surrogazione al debitore, o da costui accettata. I sequestri quindi in danno del surrogante, ol debitore, impediscono a costui di pagare al surrogato. Di questa opinione è puro Duvergier, *de la vente*, n. 237.

IV. *Effetti della surrogazione.*— La surrogazione trasmette al surrogato il credito con tutti gli accessori: i privilegi quindi, le ipoteche, le fidejussioni che formavano la garantia del surrogante, la formano altresì pel surrogato: vedi l'art. 1205.

Da questo principio consegue, che il surrogato entra nel luogo del surrogante. Ciò non pertanto, duo difficoltà cardinali si sono da'dotti elevate: 1.° Se il surrogato possa pretendere dal debitore più di quello che à pagato per ottenere la surrogazione; 2.° Se il surrogante è tenuto alla garantia, nello stesso modo, como il cedente lo ò verso il cessionario. Analizziamo.

Primo — Se il surrogato possa pretendere dal debitore più di quello che à pagato. — Questa quistione è più di fatto, che di dritto; poichè dipende dalle circostanze e dalle espressioni dell'atto il conoscere, se la surrogazione sia stata parziale in ciò che il terzo à pagato, o pure nell'intero credito che il creditore rappresentava contro il debitore; o per giudicare se la surrogazione sia stata intera o parziale, Toullier, t. 7, n. 122 a 124, fa una giudiziosa distinzione tratta dall'art. 1189. Se il terzo che paga à dichiarato ch'egli agisce in nome del debitore, il debito rimane estinto, e la surrogazione non può estendersi oltre la somma data dal terzo, il quale essendosi annunciato come mandatario o gestore del debitore, costui deve ritrarre tutto il vantaggio del pagamento, e la surrogazione non si estende al di là di quello che il terzo à pagato. Se al contrario, questo terzo agisce nel suo proprio nome, e non già in quello del debitore, egli conchiudendo un suo proprio negozio, deve ritrarre tutto il vantaggio che risulta dalla convenzione, benchè per la stessa sua natura il pagamento ch'egli esegue liberi il debitore, i dritti del quale il terzo ha inteso di acquistare; perciocchè non vi è che un semplice cangiamento di creditore per ciò che concerne il debitore; nel tempo medesimo in cui il debitore viene liberato dall'antico creditore, egli diviene debitore del nuovo creditore, verso del quale le sue obbligazioni restano le medesime.—Sembra che Duranton, t. XII, n. 122 stabilisca in massima, che il surrogato non potesse pretendere più di quello che avesse pagato al surrogante, ma facendo egli per dipendere la risoluzione della quistione dall'intenzione delle parti, la di-

---

(*) Diversamente debbe dirsi degli effetti commerciali trasmessibili per via di semplice girata. In questi casi è sempre preferito il possessore del titolo, quantunque il creditore originario l' avesse ad altri ceduto con atto separato.

dal nuovo creditore. Tal surrogazione si opera senza il concorso della volontà del creditore (1).

---

stinzione ammessa da Toullier non viene da Duranton rigettata. È questa pure la dottrina di Duvergier, *de la vente*, n. 230.

Conseguentemente, il sorrogato avrà dritto, come il cessionario, agl'interessi se l'antico credito ne produceva, ed egli potrà esigerli alla ragione secondo la quale correvano a favore del creditore surrogante; perciocchè è l'antico credito con tutt'i suoi vantaggi che viene trasmesso al surrogato. Duranton, t. XII, n. 138; Duvergier, *de la vente*, n. 233.

Secondo. — *Se nella surrogazione effettuata dal creditore, questi sia tenuto alla garantia.* — Essendo la surrogazione una cessione, Toullier, t. 7, n. 164 ha sostenuto di essere applicabili alla surrogazione gli art. 1539, 1540 e 1541 relativi alla garantia cui è tenuto il cedente verso il cessionario. Questa dottrina è stata confutata da Troplong, *hypot.*, n. 353 bis, il quale, dopo di aver citate le autorità di Renusson, Dumoulin e Pothier, presenta così i suoi argomenti. « Colui, egli dice, il quale è surrogato al creditore non è reputato se non per una finzione che abbia piuttosto comprato da lui il credito, anzi che l'abbia pagato. Ond'è che Paolo dice (l. 36, ff. *de fidejus.*) *quodammodo vendidit*. Avvertito però che se il creditore pagato e sorrogante non fosse creditore, sia perchè egli è stato già pagato, sia perchè il suo titolo non era vero, vi sarebbe luogo a ricorrere contro di lui, non già coll'azione di garentia, propriamente parlando, ma piuttosto coll'azione detta *condictio indebiti*, perciocchè egli avrebbe ricevuto ciò che non gli era dovuto.

« D'Olive, continua Troplong, esamina la quistione se il creditore, ch'è stato pagato *come primo creditore*, è tenuto alla garantia, quando in fatti non occupa il primo grado. Egli si pronunzia per l'affermativa, fondandosi sopra un arresto del parlamento di Tolosa del 15 luglio 1637. Io credo buona questa soluzione, quando è ben provato che unicamente a causa della sua ipoteca, che credevasi la prima, egli è stato pagato da uno che niente gli dovea; ma questo caso non può essere molto favorevole al sistema di Toullier, perchè si tratterebbe qui di un errore; e sarebbe appunto l'errore che farebbe annullare il pagamento. Si potrebbe anche dire, che la convenzione avendo principalmente per oggetto il grado dell'ipoteca, il creditore ha agito non solo per ricevere il suo pagamento, ha ancora agito coll'intenzione di vendere o di acquistare: ciò che ci menerebbe ad una cessione propriamente detta, e darebbe luogo alla garentia. Ma bisognerebbe, io lo ripeto, che questa intenzione fosse chiara. In generale l'oggetto principale che ha il creditore è quello di esser pagato, e non già di vendere ».

Ma Duvergier, *de la vente*, n. 288 e 289, à proccurato di revindicare la dottrina di Toullier, ed à impreso a confutare le obiezioni di Troplong. Dopo di avere con molta erudizione esposto, che le autorità citate da Troplong longi dal essergli favorevoli, comprovano il contrario, abbraccia senza esitare la dottrina di Toullier, e conchiude con un ragionamento che a noi pare convincentissimo. « Quando un terzo, egli dice, estraneo ad un debito si offre di pagare il creditore, costui non ha motivo alcuno per rifiutarsi a ricevere ciò che gli è dovuto; limitandosi a ricevere la somma dovutagli, si estingue il debito, e l'azione di mandato o *negotiorum gestorum* è concessa a chi à pagato, contro del debitore. È allora evidente che nessuna garantia è dovuta dal creditore, ch'è rimasto completamente passivo. Ma se, non limitandosi a ricevere ciò che gli era dovuto, egli à ceduto i suoi dritti; alla qual cosa niuno poteva costringerlo, in virtù della regula *nemo rem suam vendere cogitur*, allora cangiano i risultamenti; chi à pagato non ha voluto limitarsi alla qualità di semplice mandatario o di *negotiorum gestorum;* egli à avuto l'intenzione di acquistare tutt'i dritti dell'antico creditore, il quale, uscendo dallo stato passivo di un uomo che riceve ciò che gli è dovuto, à voluto vendere ed à venduto; egli ha preso una parte attiva, cedendo i dritti che gli appartenevano. Ora, è cosa evidente che questo atto di sua volontà è una affermazione virtuale dell'esistenza de' dritti, e che per conseguenza lo rende soggetto alla garentia ».

V. *Precauzioni che dee prendere il creditore surrogato per la conservazione de' privilegi e delle ipoteche* — Su di ciò vedi le osservazioni in fine, al n.° 2.° dell'art. 1004.

(1) I. *Storia della surrogazione convenzionale accordata dal debitore* — Questa specie di surrogazione prende origine dalla l. 12, § 8, ff. *qui potiores in pignore*, così concepita: *A Titio mutuatus, pactus est cum illo*, UT EI PRAEDIUM SUUM PIGNORI HYPOTHECAEVE ESSET: *deinde mutuatus est pecuniam a Mevio, et pactus est cum eo*, UT SI TITIO DESIERIT PRAEDIUM TENERI, EI TENEATUR: *tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam* (tibi), UT TITIO SOLVERES, *et paciscitur* (tecum), UT EIDEM PRAEDIUM EI PIGNORI HYPOTHECAEVE SIT, ET LOCUM EJUS SUBEAT: *Num hic medius tertio potior est, qui pactus*

est, ut, Titio soluta pecunia impleatur conditio, et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praeferendus est.

Quando dunque il debitore prendeva da un terzo una somma per pagare il primo creditore, e lo metteva nel costui luogo, con ciò non faceva alcun pregiudizio agli altri creditori, poichè rimanevano nell'ordine in cui erano prima della surrogazione. È perchè questo terzo da cui il debitore prendeva il danaro a mutuo per pagare il creditore, venisse a costui surrogato, si richiedevano tre condizioni: 1.° che il terzo desse il danaro al debitore col patto, che il creditore anteriore fosse pagato; 2.° che pattuisse col debitore la surrogazione nelle ipoteche e ne'privilegi del creditore che col danaro veniva soddisfatto; 3.° che il creditore nel cui luogo intendeva il terzo di subentrare, fosse realmente pagato col danaro mutuato per questa causa al debitore. Olea, *de cessione jurium et actionum*, tit. 4, quaest. 1, n. 16 e 17, *et ibi laudatos.*

Ma, oltre i requisiti enunciati, si richiedeva altresì il consenso del creditore, perchè fosse efficace la surrogazione accordata dal debitore? Era questa una quistione talmente controvertita, che bisognò in Francia un editto del 1609 col quale si stabilì che il debitore potesse surrogare senza il concorso del creditore. Questo editto speciale per la Francia, non potev'avere alcun'autorità sugli altri stati di Europa, e perciò la giurisprudenza rimase quasi sempre fluttuante. In Italia quindi gli scrittori e le corti sovrane andarono bene spesso in contrario avviso, e la teorica di non potersi la surrogazione accordare dal debitore senza il consenso espresso o tacito del creditore, ora sostenuta, tra gli altri, da Merlino, lib. 4, *quaest. 190*, n. 6; de Franchis, *dec. 97*, n. 3; Gratiano, *discept. 670*, n. 12. Non potevano persuadersi questi scrittori, come l'azione ed il privilegio potessero passare da una persona ad un'altra, senza farsene la trasmissione dal creditore che n'era investito, *id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*, l. 11, ff. *de reg. jur.* — Ma queste ragioni, erano più speciose che solide, perciocchè sarebbe stato sufficiente a confutarle la sola osservazione, che se il consenso del creditore dovessi ottenere, allora la surrogazione non avrebbe avuto luogo per volontà del debitore, ma per effetto della cessione accordata dal creditore. D'altronde è permesso ad ognuno di migliorare la propria condizione, senza pregiudizio de'dritti del terzo. Or il debitore surrogante non offende i dritti del creditore che vuol pagare col danaro del terzo, mentre altro interesse non à il creditore che di esser pagato; non offende i dritti de'creditori posteriori, i quali rimangono nello stesso rango cui trovavansi prima della surrogazione. L'interesse dunque, con questa specie di surrogazione, è tutto del debitore, il quale può avere due gravi ragioni a prendere danaro a mutuo con surrogazione: 1.° perchè gli preme di allontanare un creditore crudele; 2.° per sollevarsi da un forte interesse, poichè ordinariamente dal debitore si procura con la surrogazione di prendere danaro a mutuo con tenue interesse per estinguere un debito che produce grave interesse. Queste ragioni fecero prevalere la opinione di potersi la surrogazione accordare dal debitore, anche malgrado la volontà del creditore. Fabro, *de erroribus pragmaticorum*, *decad.* 60, *error 8*; Cancerio, lib. 2, *var. cap. 6*, n. 44; Olea, *de cessione jurium et actionum*, tit. 4, *quaest.* n. 22; de Luca, *osserv.* alla *dec. 97 di de Franchis.*

Da questo difficile cammino che abbiam percorso si rileva il fondamento della surrogazione accordata dal debitore, e perchè non si richiede il consenso del debitore. Ascoltiamolo in riassunto da Dumoulin (*de usuris*, num. 276), di cui ecco i termini: *Non requiritur istam cessionem fieri cum primo creditore vel eo sciente; sed sufficit fieri cum solo debitore vel eum repraesentata. Sicque iste secundus creditor nullam causam habet a primo, sed solum causam habet a debitore. Et tamen succedit in jus primi*, SALTEM IN JUS SIMILE ET AEQUE POTENS, *etiam in praejudicium intermediorum creditorum, quibus tamen non dicitur damnum inferri, sed lucrum non afferri, quia dumtaxat novissimus iste loco primi subrogatur, eodem aliquo statu remanente. Ideo hoc toleratur, licet non interveniat factum primi. Et merito est jure introductum, et moribus confirmatum, quia creditoribus damnum non infert, debitoribus autem prodest quo facilius viam inveniant dimittendi acerbiorem creditorem, vel comodius mutandi.*

Sicchè: 1.° il surrogato dal debitore non succede precisamente nel dritto del primo creditore, ma bensì in un dritto simile ed egualmente potente, *jus simile et acque potens*: 2.° che il fondamento di questa surrogazione è l'equità, perchè senza nuocere a niuno è utile al debitore surrogante.

Da questa escursione istorica sulla surrogazione concessa dal debitore senza la volontà del creditore, si comprende la ragion motiva del n.° 2.° dell'art. in esame.

II. *Condizioni richieste per la validità della surrogazione concessa dal debitore.* — Si raccoglie dal n. 2.° dall'art. 1203, che queste condizioni sono tre: 1.° che l'atto di prestito contenga la destinazione dell'impiego de'danari prestati per pagare l'antico creditore;

2.° che la quietanza contenga la dichiarazione di essersi fatto il pagamento con danari somministrati dal nuovo creditore, in conformità dell'atto di prestito; 3.° che l'atto di prestito e la quietanza sieno fatti innanzi notaro. Sviluppiamo queste proposizioni.

Primo — L'atto di prestito deve contenere la destinazione dell'impiego de' danari prestati per pagare l'antico creditore. — Su questo punto, il dritto romano faceva una distinzione tra il privilegio cui il debitore voleva surrogare un terzo, dalla ipoteca. Prendendo il danaro a mutuo per pagare un creditore privilegiato, non era necessario che il debitore avesse nell'atto del prestito dichiarato che questo danaro serviva per pagare i creditori privilegiati; ma bastava che fosse provato che i creditori venivano con questo danaro pagati, perchè la legge accordasse la surrogazione al mutuante, l. 24, § 3, ff. *de rebus auctoritate judic. poss.* (trascritta nella pag. seg.); l. 2, ff. *de cessione bonorum*. Non così, se il danaro serviva per pagare un creditore ipotecario; senza una surrogazione espressa per parte del debitore, il mutuante non entrava nel luogo del creditore ch'era stato pagato col suo danaro; l. 1, C. *de his qui in prior.*; Fabro, C. lib. 8, tit. 9, def. 1 e 2; Cujac. lib. 8, *quaest. Pauli ad* l. 3, *ff. quae res pignori*, o *l. 18*, *observ.*, c. 40; Capece Galeota, lib. 1, *controv.* 56, n. 31; Merlino, *quaest.* 77 a 190.

Questa differenza tra la trasmissione per surrogazione de' *privilegi*, e la trasmissione per surrogazione delle *ipoteche*, non è ammessa dal codice civile. Sia che si tratti di privilegio, sia che si tratti d'ipoteche, vi è sempre surrogazione, quando nell'atto di prestito si è convenuto della destinazione del denaro, quantunque questa surrogazione non è stata *espressamente* stipulata. La surrogazione deriva implicitamente dal concorso della destinazione del danaro dato in prestito, e dell'impiego fattone, e da ciò nasce che mentre il n.° 1° dell'artic. 1203 esige che la surrogazione sia *espressa*, quando viene fatta col consenso del creditore, il n.° 2° dello stesso artic. relativo alla surrogazione concessa dal debitore, non esige che questa specie di surrogazione sia *espressa*. Toullier, t. 7, n. 129; Duranton, t. XII, n. 133.

Ma bisogna attentamente considerare, che la destinazione dell'impiego dev'esser fatta nello stesso atto di prestito. Se il terzo omettesse, osserva Toullier, t. 7, n. 129, questa stipulazione, la sua omissione non potrebb'essere riparata con un atto posteriore in pregiudizio de' creditori intermedi, quando anche fosse provato che il danaro dato in prestito è stato impiegato a pagare un creditore anteriore, e quando anche questo creditore avesse espressa nella quietanza la dichiarazione d'impiego fattagli dal debitore. E ciò perchè non sarebbe men vero, che sul principio il mutuante si è rimesso alla buona fede del debitore: egli dunque non può essere più, *ex post facto*, surrogato nelle ipoteche dell'antico creditore in pregiudizio degli altri creditori.

Secondo — La dichiarazione d'impiego dev' essere espressa nella quietanza rilasciata dal creditore. — Non basta la destinazione del danaro nell'atto di prestito, per ottenersi dal mutuante la surrogazione. Si deve avere la certezza che il danaro ricevuto dal creditore sia realmente quello stesso che il mutuante surrogato à somministrato, e questa certezza non può aversi che con la dichiarazione d'impiego fatta all'istante del pagamento, ed espressa nella quietanza rilasciata dal creditore. Non sarebbe valida quindi la surrogazione, se la dichiarazione d'impiego fosse fatta con un atto separato dalla quietanza rilasciata dal creditore, quantunque questo atto fosse fatto appiedi della quietanza medesima, poichè sarebbe avvenuta posteriormente, dopo l'estinzione del debito operata senza valida surrogazione. Toullier, t. 7, n. 130; Duranton, t. XII, n. 132.

Essendo la dichiarazione d'impiego essenziale pel compimento della surrogazione, che procedimento dovrà tenersi quando il creditore ricusa a dichiarare nella quietanza la menzione dell'origine del danaro, non che quella della surrogazione concessa dal debitore a favore del mutuante? Se il creditore nell'atto dell'offerta acconsente a riceversi il danaro ed a consegnare i titoli creditori, e solo ricusa a far menzione nella quietanza dell'origine del danaro e della surrogazione concesso dal debitore, l'ufiziale pubblico destinato a fare l'offerto, farà menzione nel processo verbale di questi fatti, e questo processo verbale sarà il titolo valido di liberazione e di surrogazione. Se poi il creditore ricusa anche di ricevere il danaro, si farà il deposito secondo le norme prescritte dagli art. 1211 e 1212, e con la stessa dichiarazione dell'origine del danaro e della surrogazione accordata dal debitore. Toullier, t. 7, n. 131; Duranton, t. XII, n. 131.

Abbiamo detto, che, per la efficacia della surrogazione, si deve avere la certezza che il danaro ricevuto dal creditore sia realmente quello stesso che il mutuante surrogato à somministrato. Commette quindi una imprudenza chi fa il prestito e stipula una surrogazione affidando il proprio danaro al debitore, il quale può impiegarlo ad altro uso. Ma la legge non vieta che l'impiego de' danari anticipati per soddisfare il debito, sia lasciato a cura del

debitore; ed in questo caso, bisogna che il debitore faccia l'impiego molto sollecitamente, affinchè non si possa sospettare ch'egli paghi con altri danari diversi da quelli che gli furon prestati con clausola di surrogazione. La l. 24, § 3, ff. *de rebus auctoritate judicis*, vi è formale: *eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit. Pervenisse autem quemadmodum accipimus? utrum si statim profecta est ab inferioribus ad privilegiaros? an vero et si per debitoris personam: hoc est, si ante ei numerata sit, et sic debitoris facta creditori privilegiario numerata est? Quod quidem potest benigne dici*, SI MODO NON POST ALIQUOD INTERVALLUM *id factum sit*.

E gli antichi autori citati da Olea (*de cessione jurium et actionum*, tit. 4, *quaest.* 1, n. 18 e 19) non erano di accordo sull'intervallo che il debitore può lasciare tra il prestito e l'impiego. Taloni volevano che l'impiego fosse fatto nello stesso giorno del prestito. Altri, tra quali Capece Galeota (lib. 1, *controv.* 49, n. 15) insegnavano che l'impiego fatto tre giorni dopo il prestito era presunto fatto col danaro del mutuante. Eravi in fine scrittori (citati da Merlin, rep. v. *subrogation de personne*, sez. 2, § 8, n. 11) che accordavano dieci giorni, e altri sino a sei mesi.—Dal perchè il codice moderno serba su di ciò silenzio, ne conchiude Merlin, *ibid.*, che in qualunque epoca si faccia l'impiego, siavi luogo alla surrogazione, purchè le altre condizioni prescritto dal 2.° e° dell'art. 1208 sieno adempite. Ma Toullier, t. 7, n. 130 à saviamente osservato, che la proposizione di Merlin per esser troppo generale, potrebbe dar luogo alle frodi, poichè ammettendosi la surrogazione dopo un intervallo di tempo molto considerevole, diverrebbe impossibile a provare che il danaro consegnato al creditore sia lo stesso danaro prestato. Per la qual cosa, il silenzio della legge è ragionevole, non potendo il legislatore stabilire un termine rigoroso per tutt'i casi possibili: si è rimesso alla prudenza del magistrato che deve valutare tutte le circostanze di fatto, e specialmente la distanza dal luogo del prestito a quello del pagamento fatto al creditore. È questa anche la dottrina di Duranton, t. XII, n. 136; di Grenier, *hyp.*, n. 393, e di Troplong, *hypot.*, n. 232.

Terzo—L'atto di prestito e la quietanza debbono esser fatti innanzi notaro.—Ecco come Toullier, t. 7, n. 129, dà ragione dell'autenticità di questi atti prescritta dal 2.° e° dell'art. in esame. « Ad oggetto, egli dice, di prevenire le frodi, sì facili e sì frequenti in » questa materia, si esige che l'atto di prestito e la quietanza sieno fatti innanzi notaro, » non solamente per rendere certa la data, ma per farvi eziandio costare che la destina» zione o la dichiarazione d'impiego, senza la quali non può effettuarsi la surrogazione, » sono state fatte quando le cose erano intere, e che non è stata commessa alcuna froda in » pregiudizio de' creditori intermedi. La presenza di un pubblico ufficiale è necessaria per » rimuovere il sospetto. La surrogazione sarebbe dunque nulla, se l'atto di prestito o la » quietanza fosse in forma privata, quando anche avesse una data certa col mezzo del re» gistro, o in altro modo ». V. Troplong, *hyp.*, n. 231.

III. *Effetti della surrogazione accordata dal debitore.*—Dicemmo nel numero 1 di questa nota, che i privilegi, le ipoteche, le azioni annessi all'antico credito vengono estinti col pagamento; a ciò non ostante la legge à permesso al debitore di attribuire al suo nuovo creditore altre ipoteche, altri privilegi o dritti precisamente simili a quelli che avea il primo, *jus simile et aeque potens*. Non è dunque l'antico credito che viene trasmesso al mutuante, ma è un nuovo credito che si costituisce per volontà del debitore, il quale concede al mutuante ipoteche eguali e simili a quelle che avea il primo. Questo modo di caratterizzare la surrogazione fatta dal debitore non mena a tutte le conseguenze di cui si è parlato nella pag. 350 e 351, in ciò che riguarda gli effetti della surrogazione concessa dal creditore; perciocchè derivando la surrogazione dalla volontà del debitore, ne è una conseguenza necessaria:

1.° Che nella surrogazione fatta dal debitore, il surrogato non può pretendere se non la somma da lui sborsata, e non già il montare dell'antico credito, poichè si presume che il debitore non surroghi il mutuante, se non sino alla concorrente quantità della somma data a mutuo. Toullier, t. 7, n. 137; Duvergier, *de la vente*, n. 234.

2.° Che se l'antico credito fosse produttivo d'interessi, il surrogato che avesse pattuito interessi col debitore potrebbe da costui pretenderli, ma relativamente agli altri creditori posteriori la stipulazione degl'interessi non à effetto alcuno, poichè la surrogazione è autorizzata sotto condizione di non arrecar pregiudizio agli altri creditori. Toullier, t. 7, num. 135.

3.° Se l'antico credito produceva un interesse convenzionale più forte del legale, ed il surrogato non à pattuito interessi, il mutuante, quantunque surrogato ne' dritti del creditore, non potrà pretendere che gl'interessi legali. Toullier, t. 7, n. 177; Duranton, t. XII, n. 138; Delvinc., t. 3, tit. 5, nota 317; Duvergier, *de la vente*, n. 236.

1204. La surrogazione ha luogo *ipso jure* (1)

1.° a benefizio di colui che, essendo egli stesso creditore, paghi ad un altro creditore che abbia diritto di essergli preferito per cagion di privilegj o ipoteche (2);

4.° Che il surrogato dal debitore acquista la proprietà, rispettivamente a'terzi, per solo effetto della surrogazione, senza denunzia o accettazione; perciocchè questa surrogazione che si effettua senza il concorso della volontà del creditore, non impedisce che il pagamento a lui fatto estingua irrevocabilmente i dritti ch'egli avea. Toullier, t. 7, n. 134 e 164; Duvergier, *de la vente*, n. 237.

5.° Che il debitore che trovasi di aver alienato un fondo gravato d'ipoteche, non può surrogare nel dritto del creditore ipotecario colui che gli à mutuato il danaro per estinguere questo debito, perciocchè (osserva Toullier, t. 7, n. 136, invocando la l. 2, ff. *de pig. act.*) la surrogazione fatta dal debitore non potendo conferire se non un dritto nuovo, egli conferirebbe una ipoteca sulla cosa altrui, sopra un fondo che più non gli appartiene. Dice ancora Delvincourt (lib. 3, tit. 5, nota 317) che la disposizione della l. 2, ff. *de pignorat. action.* è fondata sul motivo che la surrogazione à realmente luogo nell'antica ipoteca, ma soltanto in virtù di un nuovo consenso del debitore: or costui non può conferire una ipoteca sopra un immobile di cui non è più proprietario.—Quantunque Duranton, t. XII, n. 137 impugnasse questa dottrina, la sua non è stata seguita dagli altri giureconsulti. Duvergier, *de la vente*, n. 229.

6.° Che finalmente non è dovuta la garantia dal creditore, nel caso della surrogazione concessa dal debitore, poichè non essendo effettuata per consenso del creditore, l'obbligazione di garantire suppone un atto volontario, un impegno personale di colui al quale essa è imposta. E la stessa risoluzione à luogo quando anche il creditore dichiarasse nell'atto del pagamento ch'egli acconsente alla surrogazione, per la ragione che la surrogazione si era effettuata indipendentemente dalla sua dichiarazione, ed anche prima che venisse concessa. E se la somma pagata al creditore non gli era dovuta, si avrebbe soltanto contro di lui l'azione *condictio indebiti*, gli effetti della quale, determinati cogli art. 1330 e seg., sono differenti da quelli dell'azione di garantia. Toullier, t. 7, n. 119 e 164; Duranton, t. XII, n. 138; Delvinc. l. 3, tit. 5, nota 317; Duvergier, *de la vente*, n. 290, 291 e 292.

(1) Oltre i casi qui espressi dalla legge, non vi è surrogazione legale. *Non transeunt actiones ipso jure, nisi in casibus jure expressis.* Molineo, *lect. dolana*, n. 14; Pothier, *Orleans*, tit. 20, n. 70; Jaubert, nel rapporto al Tribunato, in Locré, t. 6, pag. 210, n. 20; Toullier, t. 7, n. 150; Grenier, *hypot.*, n. 91; Troplong, *hypot.*, n. 357.

(2) *Storia della giurisprudenza sulla surrogazione legale del creditore ipotecario che paga un altro creditore ipotecario.* — Non si metteva in controversia nell'antico dritto, che il creditore ipotecario il quale pagava un altro creditore ipotecario anteriore, gli era surrogato di pieno dritto. Questa verità giustificata da'testi i più precisi (l. 1, C. *qui potiores in pignore*; l. 22, C. *de pignoribus*; l. 4, C. *de his qui in priorum creditorum*), era confermata dall'autorità degli scrittori: Fabro, Cod. lib. 8, tit. 9, def. 2; Olea, *de cessione jurium*, tit. 4, quaest. 1, n. 13; Perezio, Cod., lib. 8, tit. 19, n. 1.

Conviene indagare la ragione di questa giurisprudenza. Secondo le leggi romane, non vi era che il primo creditore ipotecario il quale potesse far vendere il fondo ipotecato, l. 8, C. *qui potiores in pignore*. Le ipoteche posteriori rimanevano in certa maniera sospese, e per servirci delle espressioni del Presidente Fabro (*de erroribus pragmaticorum*, cap. 1, lib. 1), *nullum jus habere intelligebatur, quamdiu jus primi creditoris subsistebat.* Da questo sistema risultavano evidenti pregiudizi pei creditori posteriori in rango, i quali, benchè scaduti i loro crediti, non potevano mettere in vendita il fondo ipotecato, solo perchè il primo creditore ipotecario se ne stava immobile. Per fare cessare quest'inconvenienti, s'immaginò di autorizzare il creditore posteriore in rango a pagare il debito del più antico; con ciò, di fatti, quest'ultimo rimaneva privo d'interesse; l'ipoteca di colui che pagava, acquistava un'efficacia che non avava nel suo principio; e per conseguenza, i dritti de' due creditori trovavansi riuniti nelle mano di un solo, senza che vi fosse bisogno per questo di stipulazione particolare.

E quantunque in Italia ed in altri stati di Europa prevalse l'uso, che tutt'i creditori ipotecari indistintamente avessero il dritto di far vendere gl'immobili ipotecati, pure fu conservata la facoltà accordata al creditore posteriore di rimborsare quello che lo precedeva, non pel principio di dritto esistente presso i romani, ma sembrò giusto di lasciare al creditore posteriore la facoltà di offrire all'anteriore il suo pagamento pel bene della pace, per evitare le controversie e le spese che si aumentano o moltiplicano col numero de'creditori. Fabro *de erroribus pragmaticorum*, lib. 1, cap. 4; Mantica *de tacitis*, lib. 11, tit. 28,

V. l'art. 1978.

2.° a benefizio di colui che, avendo acquistato un immobile, ne abbia impiegato il prezzo in soddisfazione de' creditori a favore de' quali il fondo era ipotecato (1);

---

n. 5; Amato, t. 1, *variar. resolut.* 7, n. 1; de Franchis, dec. 69, 427 e 453 cum de Luca, de Mariois, *resol.* 219, n. 2; de Rosa *prax. civ.* cap. 1, n. 156.

Dal fin qui detto si rileva chiaramente, che l'equità è il fondamento della surrogazione legale di cui si tratta, e ragionevolmente conservata dal codice moderno per evitare le liti e le spese che il numero de' creditori fa aumentare. Un creditore pagando que' che lo precedono, non può avere altr'oggetto, altra intenzione, se non di conservare il pegno comune, e d'impedire che si consumi in ispese. Ei non fa dunque in ciò che il suo proprio affare, e le sue mire non posson esser deluse. È questo il fondamento di questo primo caso di surrogazione legale, su di che convengono gli scrittori moderni. Toullier, t. 7, n. 140; Grenier, *hypot.*, n. 90; Duranton, t. 12, n. 149; Troplong, *hypot.*, n. 356.

Conseguentemente, se il creditore cui viene offerto dal creditore posteriore il pagamento, ricusa di riceverlo, il creditore offerente rimane autorizzato ad eseguire il deposito nella cassa pubblica, restando surrogato nelle ragioni del creditore così pagato: Olea, *de cessione jurium*, tit. 4, quaest. 1, n. 14; Duranton, t. 12, n. 151. — Nè il dritto di offrire è limitato al tempo del giudizio di espropria; perciocchè sino alla chiusura del processo verbale di graduazione (ancorchè il partaggio dovesse avere luogo in fondi), il creditore può offrire al creditore anteriore il pagamento del suo credito: Arresto della Corte Suprema di Napoli, de' 4 aprile 1840 (*causa Cirillo, Fiordelisi, Rossi ed altri*).

II. *Quistioni* — Su questo caso di surrogazione sono insorte tra gli autori due gravi quistioni.

1.° Il creditore chirografario che paga un creditore ipotecario o privilegiato, viene a lui surrogato *ipso jure?* Secondo l'antica giurisprudenza, il creditore chirografario veniva considerato come un estraneo, il quale pagando, avea bisogno della surrogazione espressa per esercitare i dritti del creditore pagato: Fabro, *in jurisprud. Papin.*, *tit.* 12, *princip.* 7, *illat.* 89; Cancerio, *variar. resol.*, l. 2, *cap.* 6, *n.* 44; Olea, *de cessione jurium*, tit. 4, *quaest.* 1, n. 15; Peretius, Cod., lib. 8, tit. 19, n. 4 — Degli autori moderni, Grenier, *hypot.*, n. 91 segue l'opinione degli antichi scrittori; ma gli altri giureconsulti con maggior fondamento sostengono l'opinione contraria, per due gravi ragioni: 1.° L'antica giurisprudenza era fondata sul motivo, che il creditore chirografario non avendo dritto su' beni, non poteva farli vendere: or questo motivo non à luogo nel nostro dritto, mentre per l'art. 2119 il creditore chirografario rivestito di un titolo esecutivo, può far vendere i beni del debitore. Non può quindi il creditore chirografario dirsi un estraneo. — 2.° Il motivo della surrogazione in parola non è quello del dritto romano (*siccome abbiamo dimostrato nel principio di questa nota*), ma il bene della pace, l'interesse che à un creditore di allontanare un creditore che può attraversarlo e far moltiplicare le spese della procedura. Or questo interesse essendo anche proprio del creditore chirografario, costui si trova compreso nella disposizione del n.° 1° dell'art. 1204, che, senza distinzione tra i creditori chirografari ed ipotecari, surroga di pieno dritto quel creditore che paga un altro creditore il quale avea ragione di preferenza. Toullier, t. 7, n. 140; Merlin, rep., v. *subrogat. de personne*, sez. 2, § 4, n. 3; Dur., t. XII, n. 153; Delv., l. 3, t. 5, nota 319; Troplong, *hypot.*, n. 356.

2.° Un creditore anteriore in rango, pagando un creditore posteriore, viene a lui surrogato *ipso jure?* Era questa una grave controversia nell'antico foro, di cui possono vedersi i ragguagli nelle osservazioni di de Luca alla decisione 427 di de Franchis. Sotto l'impero del codice si può dire, che volendo stare al motivo che à fatto ammettere la surrogazione in disamina, dovrebbe risolversi per l'affermativa la proposta quistione; perciocchè vi è la stessa ragione che il creditore anteriore abbia lo stesso vantaggio del creditore posteriore. Ma siccome il testo dell'art. 1204, n.° 2.° non concede la surrogazione legale se non al creditore che paga un altro creditore *che abbia dritto di essergli preferito*, così il testo della legge, in contraddizione de' motivi, nega la surrogazione legale al creditore anteriore che paga il creditore posteriore. Grenier, *hypot.*, n. 91 e Troplong, *hypot.*, n. 357 così risolvono la proposta quistione; ed essendo forzati a risolverla nello stesso modo Toullier, t. 7, n. 141 e Duranton, t. 12, n. 152, fan però voti per la riforma della compilazione del n.° 1 dell'artic. 1204.

(1) I. *Storia della surrogazione a favore del compratore che paga i creditori ipotecari del suo venditore.* Era molto controvertito sotto l'impero dell'antica giurisprudenza, se colui che comprava un fondo, impiegando il prezzo della compra al rimborso de' creditori ipotecari, era mai surrogato, senza stipulazione, a' dritti di questi ultimi. Scrittori di grave autorità insegnavano la negativa, tra quali Neguzanzio *de pig. et hypot.*, Merlino, *de pi-*

gnor. et hypot., lib. 4, quaest. 44, *de* Poote, lib. 1, *cons.* 87, *n.* 8. Anche il Presidente Fabro era di questo numero, e nel Cod. lib. 8, tit. 15, *def.* 8, giustifica così la sua opinione. È certo, egli dice, che un terzo creditore il quale à pagato il primo, è, per ciò solo, surrogato a' suoi dritti, e come tale preferito al secondo. Ma intercede una gran differenza tra questo creditore ed un compratore il quale, pagando, non pensa ad obbligare un terzo verso lui, ma a liberare se stesso. Laonde, conchiude Fabro, quantunque con tal pagamento, il compratore acquisti un'azione per danni-interessi contro il venditore, a causa del contratto precedentemente stipulato tra loro, imperlanto non puossi, per ciò, considerarlo come creditore, e dargli le stesse prerogative che se lo fosse, perocchè egli non à contrattato che per comprare, e non per avere un credito.

La opinione contraria fondata sulle ll. 17, ff. *qui potiores in pignore*, e 3 C. *de his qui in prior. credit. succedunt*, ebbe molti scrittori in suo favore, tanto della scuola erudita, che pratica, e prevalse in Francia ed in Italia, per una ragione semplicissima. Il compratore non pagava per altra causa, che per liberare la cosa da lui acquistata, e di conservare il possesso del suo acquisto. Cujacio e Donello sulla l. 3, C. *de his qui in prior.*; Surdo, *cons.* 173; de Franchis, *dec.* 427; Olea, *de cessione jurium*, tit. 4, quaest. 2, n. 3 e 4; Merlin, rep., v. *subrogat. de personne*, sez. 2, § 4, n. 11.

Al sentimento di questi ultimi autori si è con ragione appigliato il codice civile, e si vede bene che il beneficio principale di questa surrogazione consiste in ciò, che se il compratore viene molestato da' creditori posteriori al creditore soddisfatto, egli può far prevalere contro di essi le prerogative del creditore preferibile, al quale è surrogato; o pure in ciò, che s'egli abbandona l'immobile da lui acquistato, per lasciarlo vendere con espropriazione forzata, egli dee esser graduato sul prezzo, come surrogato a' dritti del creditore da lui pagato. Toullier, t. 7, n. 142; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, n. 323; Grenier, *hypot.*, n. 496; Troplong, *hypot.*, n. 358.

II. *Condizioni che debbono concorrere, perchè abbia luogo a favore del compratore, la surrogazione senza stipulazione.*—Dalle ragioni esposte nel n.° precedente e dal testo del n.° 2° dell' art. 1204 risulta, che, perchè la surrogazione abbia luogo, colui che abbia acquistato un immobile, ne *impieghi il prezzo* in soddisfazione de' creditori a favore de' quali il fondo era ipotecato. Quindi non à luogo la surrogazione, nel caso in cui l'acquirente avesse pagato il suo prezzo *prima* della vendita, quando anche nel contratto si dicesse che il venditore à ricevuto il prezzo con anticipazione, e che l'à impiegato in soddisfazione di un creditore ipotecario, ed ancorchè la surrogazione fosse stata stipulata tra il compratore ed il venditore; perciocchè non è un *impiego del prezzo per conservare il possesso della cosa*, un pagamento fatto dal compratore prima di possedere la cosa. In conseguenza, per esservi *impiego del prezzo*, bisogna che il pagamento sia fatto a creditori ipotecari, sia per delegazione derivante dal contratto di vendita, sia perchè questi creditori ne abbiano sequestrato il prezzo nelle mani del compratore. Toullier, t. 7, n. 143; Duranton, t. 12, n. 157 e 158.

III. *Quistioni.* — 1.° Un creditore ipotecario il quale compra o riceve in pagamento un fondo su di cui ha ipoteca, è surrogato a se stesso? O in altri termini, conserva la sua ipoteca per farla valere in caso di evizione da parte di un creditore posteriore? Bartolo, sulla l. *eleganter*, ff. *de pignoratia actione* sostenne la negativa, pel motivo che la ipoteca confusa dall'istante dell'acquisto nella persona del compratore, si è estinta per sempre. Ma questa dottrina urtando egualmente al dritto ed all'equità, non fu seguita da scrittori di grave autorità, e massime da Fabro, le cui parole sono state da noi riportate nella pag. 339 parlando della *dazione in pagamento*, la cui discussione è applicabile alla surrogazione in parola.

2.° Il compratore il quale à pagato al venditore il prezzo del fondo, è surrogato di dritto a' creditori ch'egli soddisfacesse in prosieguo, ond'evitare le molestie ipotecarie? Era questa una grave controversia nell'antico foro, e Pothier, (*Orleans*, tit. 20, n. 73) interpetrava la l. 12, § 1, ff. *qui potiores* nel senso che in questo caso, la surrogazione non avea luogo di pieno dritto; ma, seguendo l'avviso degli autori, insegnava, che se la surrogazione non avea luogo in tutt'i dritti del creditore ipotecario, doveasi però considerare il terzo possessore come surrogato sul fondo di cui era detentore, in faccia a' creditori posteriori a quello che veniva pagato.

Sotto l'impero del codice si potrebbe dire per la negativa, che il n. 2° dell'artic. 1204 accorda al compratore il beneficio della surrogazione, quando il *prezzo* della compra viene *impiegato* al pagamento de' crediti de' quali il fondo era *ipotecato*: or il compratore che paga i creditori iscritti non per effetto della delegazione convenuta nel contratto di vendita, ma per liberarsi dalle molestie dell' azione ipotecaria, non paga al certo il prezzo

della compre; e d'altronde la surrogazione essendo di stretto dritto, non può estendersi ad un caso non preveduto dalla legge. Ma a questa obiezione si risponde, che se in questo caso la surrogazione non nasce dal n. 2° dell'art. 1204 strettamente inteso, deriva però dal n. 3° dello stesso art. che accorda la surrogazione legale in favore di colui ch'essendo obbligato *con* altri o *per* altri al pagamento del debito, abbia interesse di soddisfarlo. Or, bisogna convenire che il compratore avea un grande interesse di pagare i creditori, quello cioè di conservare l'immobile. Grenier, *hypot.*, 332 e 496; Delvincourt, l. 3, tit. 5, nota 323; Duranton, t. 12, n. 157; Troplong, *hypot.*, n. 359 e 789.

3.° Quando un compratore paga un creditore del suo venditore, deve la surrogazione aver luogo su tutt'i beni del venditore ch'erano obbligati con privilegio o ipoteca al creditore ch'è stato pagato, o pure la surrogazione à il suo effetto solamente sulla cosa acquistata? Per esempio, io vi vendo per mille ducati il fondo A ch'era obbligato con ipoteca a Mevio, il quale teneva altresì obbligato per lo stesso credito il fondo B. Voi commettete l'imprudenza di pagarmi il prezzo del vostro acquisto, poco curando che il fondo trovavasi gravato d'ipoteca. Poco tempo dopo io vendo il fondo B a Sempronio per mille ducati; ma Mevio esercita contro di voi l'azione ipotecaria, e voi gli pagate i mille ducati per conservare il libero possesso del fondo A. Potete voi in virtù della surrogazione legale esercitare l'ipoteca del creditore pagato, sul fondo venduto a Sempronio? Si pensava generalmente sotto l'impero dell'antica giurisprudenza, che la surrogazione non si estendeva oltre la cosa venduta, per la ragione che si presumeva di aver il compratore pagato il creditore unicamente per mantenersi nel possesso de' beni acquistati. Questa dottrina fondata sulla l. 17, ff. *qui potiores* o sulla l. 3, C. *his qui in prior.*, era convalidata dall'autorità di Cujacio su detto tit. del Cod., ed era divenuta universale, come attesta Pothier, *Orleans*, tit. 20, n. 73.

Sotto l'impero del codice, Toullier, t. 7, n. 145 avea nella prima edizione seguita l'antica giurisprudenza. Ma Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 323 dimostrò in senso contrario, che gli effetti di questa surrogazione non si potrebbe, come nell'antico dritto, restringerli sulla cosa comprata. Il codice civile à accolta la surrogazione con maggior favore delle leggi romane; e se il n. 2° dell'art. 1204 sembra restringere gli effetti della surrogazione sulla cosa acquistata, nel n. 3° dello stesso articolo, il surrogato può con un'intera latitudine esercitare i dritti del creditore pagato. Imperciocchè il detto n.° 3 accorda la surrogazione legale a coloro che essendo obbligati *con* altri o *per* altri al pagamento del debito, abbiano interesse di soddisfarlo. Ora nel nostro caso l'acquirente era tenuto *per* e *con* il debitore a tutt' i debiti che à pagati; avea quindi interesse di soddisfarli onde poter conservare l'immobile. A questa dottrina si è uniformato posteriormente Toullier nella nota al n. 142, non che gli altri autori: Grenier, *hypot.*, n. 496; Duranton, t. 12, n. 161; Troplong, *hypot.*, n. 359.

Se non che, non è da perdersi di vista una osservazione importante. Non perchè il compratore è surrogato in tutte le ipoteche del creditore ipotecario, ne consegue che per effetto di questa legale surrogazione possa molestare per l'intero credito gli altri detentori dei fondi ipotecati allo stesso credito; può rivolgersi contro di essi, ma *pro rata* di ciò che ciascuno possiede de' fondi ipotecati; diversamente, dice Pothier, *Orleans* tit. 20, n. 40, si farebbe un circuito di azioni, perciocchè il possessore, contro cui agirebbe colui ch'è surrogato, se pagasse egli l'intero debito soddisfatto, avrebbe dritto di essere egli stesso surrogato, come lo sarebbe stato il terzo possessore che ha pagato, in tutt'i dritti e le ipoteche del creditore, e quindi di agire contro di lui, come se fosse egli medesimo il possessore de' fondi ipotecati allo stesso debito. Per esempio, *Pietro* à una ipoteca generale sopra i beni di *Giacomo:* questa ipoteca gravita sopra quattro fondi da *Giacomo* venduti successivamente a *Matteo*, a *Marco*, a *Luca*, a *Giovanni*. Si supponga che niuno di essi abbia adempiuto le formalità per liberare i fondi dalle ipoteche; che ciascuno de' fondi valga 10,000 ducati, e che il credito sia di 12,000. Pietro nella pienezza de' suoi dritti ipotecari da lui conservati, può convenire questi quattro compratori, o un solo di essi in forza dell'indivisibilità dell'ipoteca. Sia qualunque il partito ch'egli prende, la sua azione sempre obbligherà i terzi possessori al pagamento del credito, in proporzione del prezzo di ciascheduno immobile, comparativamente coll'ammontare del credito. Poichè se uno di questi compratori è obbligato a pagare l'intero credito per la indivisibilità dell'ipoteca, e se è surrogato ne' dritti del creditore, egli avrà certamente un regresso contro gli altri terzi possessori, astrazion fatta dall'anteriorità o posteriorità delle vendite, poichè tutt'i fondi sono del pari affetti dall'ipoteca. Ma anche per quest'ultima ragione, esercitando il regresso, egli sarà tenuto a dedurre dal credito che vuol ripetere, la porzione che avrebbe dovuto egli medesimo sopportare, possedendo un fondo pel quale è stato convenuto, e ch'e-

3.° a benefizio di colui che, essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, abbia interesse di soddisfarlo (1);

V. gli art. 795, 974, 1167, 1901, 1905.

ra similmente sommesso all'ipoteca, e questa porzione nella nostra ipotesi sarebbe di 3,000 ducati. Tutti questi terzi possessori sarebbero quindi nella circostanza in cui si troverebbero gli obbligati solidali, de' quali uno avesse pagato il debito intero. In questo caso il regresso ipotecario contro gli altri terzi possessori si esercita come dice l'art. 1167, per *contributo*. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 323; Duranton, t. 12, n. 161 e 162; Grenier, *hypot.*, n. 333; Troplong, *hypot.*, n. 788 ter.

III. *Precauzioni che deve prendere il terzo possessore che vanti la surrogazione legale o convenzionale.* — Deve curare il terzo possessore di non far radiare immediatamente la iscrizione presa dal creditore ch'egli paga; poichè la radiazione annulla interamente la iscrizione, per modo che non potrebbe più reclamarsene l'effetto, sia in una graduazione che potrebbe aver luogo in seguito, sia per agire contro altri terzi possessori. Non è già che il surrogato non potesse avvalersi della iscrizione presa dal surrogante, art. 1998; ma dovrebbe temere la radiazione della iscrizione chiesta dal debitore al creditore, il quale avesse già surrogato questo terzo. In conseguenza, per mettersi al sicuro ed affin d'impedire un concerto fraudolento che potrebbe aver luogo tra il creditore e'l debitore, il terzo possessore surrogato deve fare rinnovare la iscrizione nel suo nome; o pure deve presentare al conservatore delle ipoteche la quietanza contenente la surrogazione. Il conservatore ne farà menzione in margine della iscrizione; e da questo momento la radiazione non potrà eseguirsi senza il consenso del surrogato. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 323; Toullier, t. 7, n. 168; Battur, *hypot.*, t. 2, p. 165; Grenier, *hypot.*, n. 332; Troplong, *hypot.*, num. 378.

(1) I. *Storia della giurisprudenza sulla surrogazione che poteva acquistare un condebitore solidale o un fidejussore, pagando il creditore comune.* — Gli scrittori del dritto romano ed i tribunali di Europa dubitarono, se il pagamento fatto da un condebitore solidale o da un fidejussore, di ciò che doveva con altri o per altri, lo surrogava di pieno dritto a' privilegi ed alle ipoteche del creditore. Vediamo ciò che ne pensarono in Francia ed in Italia i dottori.

In Francia sostenne Mulineo, nella sua quarta lezione del *Dolo*, che la surrogazione legale dovea aver luogo nella proposta quistione, e questa dottrina fu seguita da molti altri autori. « Ma, dice Pothier (*obligat.*, n. 280) essa non prevalse, e continuossi ad insegnare nelle scuole, ed a praticare nel foro, che un condebitore solidale, di pari che i mallevadori, non erano surrogati alle azioni del creditore, se non quando aveano acquistato la surrogazione. La ragione ne è che, secondo un principio confessato dallo stesso Molineo, non fassi surrogazione di pieno dritto, a meno che la legge non lo spieghi: ora, Molineo non può trovare alcun testo di dritto il quale stabilisca in tal caso la surrogazione. La l. 1, § 13, ff. *de tutela et rationibus distrahendis*, la quale è il principal fondamento della sua opinione, non lo determina; essa suppone al contrario che la surrogazione non fassi di pieno dritto. Questo suppone altresì la l. 76, ff. *de solut*. La l. 39, ff. *de fidejussoribus*, e la l. 11, C. *detto tit.*, ancor meno soffrono replica: queste leggi decidono che il mallevadore il quale abbia trascurato, nel pagare, di farsi surrogare, non à azione contro i suoi fidejussori; il che prova chiarissimamente di non esser egli surrogato di pieno dritto, senza chiedere la surrogazione; imperciocchè se lo era, sarebbe stato inutile di consultare l'imperatore Alessandro, per sapere se aveva un'azione. — Indarno (continua Pothier) dicesi per l'opinione di Molineo, che il debitore solidale avendo il dritto di farsi surrogare alle azioni del creditore contro i suoi condebitori, non deve esser presunto aver rinunciato a questo dritto. La risposta è che questo dritto consistendo in una semplice facoltà ch'egli à di richiedere la surrogazione, di cui può oppur no fare uso, non basta che sia presunto non aver rinunziato al suo dritto: abbisogna che apparisca aver usato di questa facoltà; il che non apparisce, se non lo abbia dichiarato. Il debitore che paga, avendo un altro motivo per pagare che di acquistare la surrogazione, cioè, quello di evitare le coazioni del creditore, e di liberare la sua persona ed i suoi beni, il pagamento che fa senza richiedere la surrogazione, non stabilisce di aver egli voluto altra cosa che liberarsi, e non già di aver voluto acquistare la surrogazione. D'altronde, quando si supponesse una volontà di acquistarla, questa volontà, ravvisata nel di lui interno, non sarebbe sufficiente; il suo dritto consistendo nella facoltà di richiedere la surrogazione, non può aver luogo se non l'abbia richiesta ». — Le stesse cose ripete lo stesso autore nel n.° 555.

Nè diversamente pensavasi in Italia, dove prevalse la giurisprudenza che tutti coloro che trovavansi obbligati per altri o con altri, avean dritto, pagando un debito, di farsi cedere contro gli altri debitori obbligati, le azioni del creditore, il quale non poteva ricusare

questa cessione di azioni; ma se il debitore trascurava di domandare tal cessione contemporaneamente al pagamento, non poteva domandarla posteriormente, ed a più forte ragione non si poteva ammetterla di pieno dritto. Neguzanzio o Merlino, *de pignoribus, lib. 4, quaest. 70*; de Franchis, *decis.* 476; Surdus, *cons.* 444, n. 8; Hodierna, ad Surd., *decis.* 308, n. 13; Cancerio, *variar. resol.*, parte 2, cap. 5, n. 149; Fabro, *conject.*, lib. 11, cap. 1 e 13; e Cod., lib. 8, tit. 27, *def.* 1 e 14.

Malgrado una giurisprudenza così generalmente riconosciuta, gli autori del codice civile crederono più conforme all'equità la dottrina contraria professata da Dumoulin, ed ascoltiamo Bigot-Préameneu, nell'esposizione de' motivi. « In quanto alla surrogazione di pieno » dritto, egli disse, dessa à luogo in tutt'i casi in cui un condebitore, un fidejussore, ed in » generale tutti coloro ch'erano con altri o per altri obbligati al pagamento del debito, erano » interessati di soddisfarlo. L'equità non permetteva di prevalersi di ciò, che non avendo » richiesta la surrogazione, non ne avea perciò il dritto; non si dee presumere, nè che il » creditore che avrebbe dovuto consentire alla surrogazione, se ne fosse stato richiesto, » abbia avuto l'intenzione di non mettere colui che paga nello stato di esercitare i suoi » privilegi, nè che il debitore abbia rinunciato ad un dritto così importante. Questa in» terpretazione deve dunque avere il suo effetto riguardo a' terzi creditori. Tale fu il sen» timento di Dumoulin; e quantunque fosse difficile a conciliarsi co' testi delle leggi ro» mane, à dovuto preferirsi all'opinione secondo la quale la surrogazione non dovea es» ser accordata dalla legge, che nel caso di rifiuto del creditore sulla richiesta ch'eragliene » stata fatta ». — Locré, t. 6, p. 170, n. 129.

II. *Casi ne' quali è applicabile la surrogazione legale a favore di chi era tenuto* CON *altri o* PER *altri al pagamento del debito.* — Il codice nel n.° 3 dell'art. 1204 si limita ad enunciare il principio, che la surrogazione à luogo *ipso jure* a favore di chi avendo pagato il debito di un altro, avea interesse a soddisfarlo, perchè era con lui o per lui obbligato. È debito del giureconsulto indicare le specie cui deve applicarsi una disposizione generale della legge; o in altri termini, quando può dirsi che un individuo sia *con altri* o *per altri* obbligato, e per conseguenza abbia *interesse a soddisfare il debito*. Or questi casi possono essere i seguenti:

1.° Il condebitore solidale (v. la nota 3, pag. 298) che paga l'intero debito, è surrogato *ipso jure* nelle ipoteche o privilegi del creditore contro i suoi condebitori, i quali per l'art. 1167 debbono rimborsare la rispettiva quota al condebitore che à pagato l'intero debito. Su di ciò non può esserci alcun dubbio, sì perchè il beneficio *cedendarum actionum* che l'antica giurisprudenza accordava al correo è oggi divenuto surrogazione legale; sì perchè il correo è direttamente compreso nella disposizione del n.° 3 dell'art. 1204, poichè essendo egli obbligato *con* altri, avea interesse a soddisfare il creditore; *Exposé des motifs*, in Locré, t. 6, p. 170, n. 129; Toullier, t. 7, n. 147; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 325; Troplong, *hypot.*, n. 360; Duranton, t. 12, n. 166.

Ma si è elevata la quistione, se il coobligato il quale abbia pagato il creditore con surrogazione espressa, possa agire solidalmente contro ciascuno de' suoi condebitori, dedotta la sola sua parte? Secondo Pothier (*obligat.* n. 281) la surrogazione convenzionale non può avere maggior effetto della legale, così che il debitore che à ottenuto la surrogazione dal creditore, non può agire contro ciascuno de' coobligati che per la loro porzione virile. La ragione ne è, dice Pothier, che altrimenti si farebbe un circuito di azioni; imperciocchè quello de' miei condebitori a cui avessi fatto pagare il totale del credito, dedotta la mia parte, avrebbe dritto, pagando, di essere similmente surrogato alle azioni del creditore, sotto la deduzione della parte di cui egli stesso è tenuto; ed in virtù di questa surrogazione, avrebbe dritto di esigere da me, sotto la deduzione della sua parte, ciò che mi avrebbe pagato, perocchè io stesso sono tenuto della solidarietà: non potrei dire, per esimermi da questo circuito, che non sono più debitore; imperciocchè mediante la surrogazione, il pagamento che ho fatto non à estinto il debito che per la parte di cui n'era tenuto per me stesso, e non per il soprappiù; mediante la surrogazione, io ho acquistato piuttosto il credito del creditore per il soprappiù, che non l'ò soddisfatto; ma essendo rimborsato dal mio condebitore che avesse del pari richiesta la surrogazione, questo credito, per il soprappiù, e sotto la deduzione dalla parte di cui egli stesso è tenuto, passerebbe nella persona di tal condebitore; non sarei più io, ma lui il quale sarebbe il *procurator in rem suam* del creditore, ed il quale, con tal qualità, avrebbe dritto di esercitare contro di me le azioni del creditore per tale soprappiù, e farmi restituire ciò che mi à pagato.

Questi ragionamenti di Pothier non sono sembrati convincenti a Toullier, il quale nel t. 7, n. 163 imprende con una estesa discussione a dimostrare, che il condebitore solidale, il quale pagò il debito, e si fece surrogare dal creditore, può convenire ciascuno dei

suoi condebitori per lo intero, meno per la sua parte virile o per la sua parte nella insolvibilità, qualora vi sieno insolvibili. Ma Delvin., lib. 3, tit. 5, nota 152, prendendo arg. dall'art. 795, ritiene sotto l'impero del codice, come applicabile la dottrina di Pothier; e Durantoe, t. 12, n. 168 con una discussione non breve, imprende a confutare la dottrina di Toullier, la quale anche a noi sembra esorbitante. Imperciocchè, a prescindere del circuito di azioni di cui parla Pothier, la obbligazione solidale è a considerarsi come una società tra i coobligati, i quali si àn dato rispettivamente il mandato di pagare il debito nel rispettivo interesse: or con una convenzione posteriore, non può il coobligato che paga il creditore, cangiare i rapporti regolati nel contratto, e garantiti dall'art. 1167.

2.° La surrogazione legale à luogo a favore di chi à pagato un debito indivisibile, poichè egli con tal pagamento à pagato un debito cui era con altri obbligato, e che avea interesse di soddisfare. Toullier, t. 7, n. 149; Duranton, t. 12, n. 169.

Non così se il debito era divisibile, quantunque risultasse dallo stesso contratto; poichè in tal caso ognuno è obbligato a pagare soltanto la sua quota, e non à interesse a pagare il debito dell'altro, come osserva Toullier, t. 7, n. 149. E noi aggiungiamo, che succeduta ora la surrogazione legale alla eccezione *cedendarum actionum* che sotto l'impero dell'antica giurisprudenza avea luogo, gli antichi dottori convenivano, che quando più debitori erano obbligati senza solidarietà per un debito divisibile, uno di essi pagando l'intero debito non poteva costringere il creditore a cedergli le azioni contro gli altri debitori, per le porzioni de' quali era ne estraneo il debitore che à pagato. Olea, *de cessione jurium*, tit. 5, quaest. 1, n. 18.

Questa decisione è applicabile al caso in cui uno de' debitori avesse ipotecato un suo fondo; nè potrebbe dirsi, che il debitore avea interesse a pagare l'intero debito per liberare il suo fondo dalle molestie ipotecarie. Imperciocchè, l'ipoteca quantunque indivisibile, non è che l'accessorio di un'obbligazione divisibile, per l'adempimento della quale ognuno de'coobligati non è tenuto che alla sua quota. — Diversamente dovrebbe decidersi, se il fondo ipotecato era comune tra i coobligati, poichè allora l' uno era realmente coll' altro obbligato al pagamento del debito. Toullier, t. 7, n. 149; Duranton, t. 12, n. 176.

3.° La surrogazione à luogo a favore del fidejussore, cui gli art. 1902 e 1905 accordano un regresso, tanto contro i debitori principali, quanto contro i fidejussori. Questo regresso ne' termini de' citati art., si esercita con surrogazione per effetto del n. 3 dell' art. 1204, poichè il fidejussore avea interesse a pagare quel debito cui *per altri* era tenuto. Vedi le osservazioni agli art. 1902, 1905 e 1909.

4.° Avvi pur surrogazione legale a favore del coerede che à pagato un creditore ereditario; su di che bisogna fare una distinzione. Se il creditore era ipotecario, il coerede che paga l'intero credito, anche dopo la divisione de'beni ereditari, è surrogato nel modo prescritto dall'art. 795 contro i coeredi: lo stesso dicasi del legatario a titolo particolare di un immobile gravato d'ipoteca, art. 974. Ma se il credito soddisfatto non è ipotecario, la surrogazione à luogo a favore del coerede che à pagato il creditore *prima della divisione*, perchè, quantunque il debito per esser divisibile non avesse il coerede interesse a pagare la quota degli altri, pure prima della divisione i creditori chirografari ànno azione ad intervenire negli affari ereditari, sia con chiedere l'apposizione di sigilli, sia con provocare la vendita de'beni: il coerede quindi che lo à pagato, à pagato un debito comune ed alla soddisfazione del quale avea interesse. Questa surrogazione giova al coerede, perchè avvalendosi dell'azione di separazione de'patrimoni (v. nel t. 1, nota 1, pag. 346 e seg.), può con tal mezzo impedire che i coeredi gravino d' ipoteca gl' immobili loro dovuti. Se poi è *dopo la divisione*, che il coerede paga l' intero debito non ipotecario, è chiaro che non à luogo a suo vantaggio alcuna surrogazione, mentre, tra loro, i coeredi, dopo la divisione, sono estranei. Toullier, t. 7, n. 151; Duranton, t. XII, n. 174 e 175.

5.° Il terzo possessore convenuto con l' azione ipotecaria è surrogato nelle ragioni del creditore da lui soddisfatto per respingere l'azione ipotecaria: vedi la pag. 357 in fine.

III. *Quistioni.*—1.° Il mandatario che paga co'suoi danari il debito che avea contratto per conto del mandante, è surrogato di pieno dritto ne'privilegi e nelle ipoteche di colei col quale à trattato? Bisogna distinguere il mandato civile, dal commissionato in materia di commercio. Il semplice mandatario agisce in nome del suo mandante, e non fa che prestare il suo ministero per la formazione del contratto; egli non contrae obbligazione personale, e per conseguente non può dirsi, pagando, di essere obbligato *per altri* al pagamento del debito. Ma il commissionato di cui favella l'art. 87 *leg. di eccez.*, agendo in suo proprio nome, si obbliga personalmente all'esecuzione del contratto; ed acquistando pel suo committente, egli si obbliga pel debito altrui e con altri, ed à interesse di soddisfare il creditore per liberarsi dall'obbligazione contratta. Trovasi quindi il commissionato compreso

V. gli art. 719, 727, 758, 795 ll. cc. a 1078 p. c.

4.° a benefizio dell'erede beneficiato che ha pagato di suo denaro i debiti ereditarj (1):

1205. La surrogazione stabilita negli articoli precedenti ha luogo tanto contra i fidejussori, quanto contra i debitori: essa non può nuocere al cre-

---

nella disposizione del n. 3 dell'art. 1204, come decise la cass. di Parigi con arresto del dì 14 novembre 1810, in Merlin, rep. v. *revindication*, § 1, n. 6 bis.

2.° Il tutore che paga di proprio danaro il creditore del minore, è surrogato di pieno dritto nelle ragioni del creditore? A noi sembra chiara la negativa; poichè, o il tutore fa questo pagamento nella sua qualità di tutore, o in suo proprio nome. Se fa il pagamento nella sua qualità di tutore, non è propriamente lui, ma è il minore ch'è riputato pagare pel suo ministero: *factum tutoris, factum pupilli*. Se paga nel suo proprio nome e co'suoi danari, è un estraneo che paga ciò che non era obbligato di pagare. Si potrebbe opporre, che il tutore può essere interessato a pagare, per impedire dispendi giudiziari e la espropriazione de'beni del suo pupillo; ma questa considerazione non è sufficiente ad estendere la surrogazione per sua natura di stretto dritto. L'*interesse* di chi paga, affinchè abbia luogo la surrogazione legale, dev'essere proprio, pecuniario e non di affezione, per liberarsi da una obbligazione contratta con altri o per altri; ciò che non si verifica nel caso del pagamento fatto nel nome proprio dal tutore.

3.° Essendovi più obbligati solidali per effetto di condanna riportata in un giudizio a causa di un delitto o per un quasi delitto, il pagamento fatto da un solo importa a costui favore surrogazione di pieno dritto contro i correi? La ragione del dubbio nasce da che il debito solidale che à causa da un delitto si divide tra i condebitori (nota 1, pag. 305), ed il n. 3 dell'art. 1204 si applica direttamente a favore del condebitore solidale che à pagato l'intero debito. Ciò nonpertanto sembra di doversi negare la surrogazione legale, e dichiarare anche improduttivo di effetto la surrogazione che il correo avesse ottenuto dal creditore, quando è tenuto all'intero debito per una condanna riportato in un giudizio penale; perciocchè ne'delitti non à luogo la cessione delle azioni, *glos. fin, in cap. si quis praesbyterorum de rebus Ecclesiae non alienand.* Dippiù, la ragion motiva per cui al condebitore solidale si è accordato la surrogazione legale si è, come abbiam' osservato nella pag. 360, che i debitori solidali si reputano di aver contratto una società nel debito; or non si ammette nei delitti una società; l. 53, ff. *pro socio*; l. 1, § *plane* ff. *de tutelae et rat. distrahendis*. Nè potrebbe invocarsi in senso contrario la l. 4, ff. *de his, qui deicerunt, vel effuderunt*, secondo la quale, di due rei condannati, colui che à pagato nel solido à dritto di ricuperare la quota dall'altro; perciocchè questa legge non risguarda la condanna proveniente da delitto, ma da'quasi delitti, siccome àn fatto osservare Bartolo nella l. 1, § *si plures* ff. *de eo per quem factum erit*, Fabro, *de erroribus pragmaticorum, decad. 80*, error 8, Olea, *de cessione jurium*, tit. 5, quaest. 6, n. 6 e 7.—Quindi, seguendo le tracce degli antichi giureconsulti, bisogna decidere la quistione con una distinzione. Se la solidarietà deriva da una condanna pronunziata in materia penale, il condebitore che à pagato l'intero debito non è surrogato *ipso jure* nelle ragioni del creditore, e neanche sarebbe efficace la surrogazione ch'espressamente avesse ottenuta dal creditore. Se poi la solidarietà deriva da un quasi delitto, la surrogazione trova appoggio nel n. 3 dell'art. 1204.

IV. *Precauzioni che deve prendere il surrogato per la conservazione de' privilegi e delle ipoteche.*—Su di ciò vedi la pag. 359, n. III.

(1) La surrogazione legale a favore dell'erede beneficiato che à pagato di suo danaro i debiti ereditari, non trova appoggio in alcun testo del dritto romano; ma fu introdotta dall'antica giurisprudenza francese per incoraggiare gli eredi beneficiati a mettere subitamente in ordine gli affari dell'eredità. Non si presume (disse il signor Bigot-Preameneu nell'esposizione de' motivi, in Locré, t. 6, p. 171, n. 29), che l'erede beneficiato abbia voluto, in questa qualità, confondere i suoi dritti personali con que' della successione.

Per la qual cosa, pagando l'erede beneficiato con proprio danaro un creditore ipotecario, è surrogato alle costui ragioni sopra i beni ereditari. Se non vi sono creditori ipotecari o privilegiati, ma creditori chirografari ed opponenti, egli non può pagare che nel modo prescritto dall'art. 727; e per conseguente, laddove avessé pagato un creditore, non ostante le opposizioni, la surrogazione nelle costui ragioni non gli giova, che per concorrere nel contributo. Duranton, t. XII, n. 177.

Da ultimo deve notarsi, che se vi sono più eredi beneficiati, il pagamento, dopo la divisione, fatto da un solo non lo rende surrogato nelle ragioni del creditore, che quando avea interesse a pagare il creditore ipotecario o privilegiato; ma se il creditore era chirografario, stante la divisibilità del debito, l'erede non avea interesse a pagare la quota degli altri, e per conseguente non è surrogato di pieno dritto. Duranton, t. 12, n. 179.

ditore, allorchè non è stato pagato se non in parte. In tal caso egli può far valere le sue ragioni pel restante che gli è dovuto, in preferenza di colui dal quale ha ricevuto il pagamento parziale (1).

---

(1) Questo articolo non fa che proclamare un principio riconosciuto da molti antichi autori, ma sul quale le corti supreme non eransi uniformemente pronunciate: Olea, *de cessione jurium*, tit. 5, quaest. 5; Merlin, rep., v. *subrogation de personne*, sez. 2, § 8, n. 6 e 7.

Gli effetti generali adunque della surrogazione, sia convenzionale, sia legale (*gli effetti particolari sono stati esaminati nelle pag.* 350, n. IV, e 354, n. III) sono due: 1.° Che la surrogazione legale e convenzionale trasmettono i diritti del surrogante non solo contro il debitore, ma contro i coobligati ed i fidejussori; 2.° Che la surrogaziona nel dritto del creditore che à ricevuto in parte il suo debito, non può impedire ch' ei sia pagato di ciò che gli rimane dovuto, con preferenza al surrogato che à somministrato i danari al debitore; perchè non si presume che il creditore surrogante abbia voluto che la surrogazione si rivolgesse contro di sè stesso: *nemo contra se ipsum subrogasse videtur*, dice Molineo. Pothier, *Orleans*, tit. 20, nom. 87.

Sulla preferenza dovuta al surrogante che à ricevuto un pagamento parziale, sono notevoli le seguenti riflessioni:

1.° Che la preferenza è dovuta al creditore pel resto del credito pagato in parte, e non già per le somme che possono esser dovute per altro credito: questa verità è comprovata dal testo dell'artic. 1205, che accorda *pel restante* la preferenza su colui dal quale à ricevuto il *pagamento parziale*.—Per esempio, io vi debbo 2000 ducati con ipoteca sul fondo Cornelianе in data del 1 gennajo 1838; ed un'altra simile somma con ipoteca in data del 1 febbrajo 1839. Pietro vi paga mille ducati a conto del primo debito, con surrogazione ne' vostri dritti. Espropriandosi il fondo Corneliano, voi avete dritto di esser preferito a Pietro per i mille ducati derivanti dal credito portante ipoteca in data del 1 gennajo 1838, ma pel credito degli altri ducati due mila iscritti in febbrajo 1839, restate nel vostro posto, e Pietro vi vince pel compimento de' ducati mille. Lo stesso dicasi, se la surrogazione è legale o deriva dal consenso del debitore. Toullier, t. 7, n. 169; Delvincourt, l. 3, tit. 5, nota 325; Duranton, t. XII, n. 184.

2.° Che la prelazione non à luogo in vantaggio del creditore, per essere pagato del resto del suo credito, se non nell'esercizio de' privilegi ed ipoteche che si trovasse avere, e contro i fidejussori. Ma se si trattasse di una semplice distribuzione di somma in cui il creditore non avesse ad allegare privilegi, nè ipoteche, nè fidejussioni, il creditore pagato soltanto in parte, non può pretendere di essere pagato a preferenza del surrogato; perciocchè nelle distribuzioni per contributo, tutt'i creditori del comune debitore concorrono *pro rata*, ed il surrogato non volendosi neanche avvalere della surrogazione, deve sempre esser compreso, mentre avendo pagato in parte il creditore, è divenuto creditore per questa parte del debitore, di cui deve considerarsi come un gestore di negozi. Duranton, t. XII, n. 186.

3.° Che il dritto concesso al creditore di esser pagato del restante che gli è dovuto, prima di colui il quale gli à fatto un pagamento parziale con surrogazione, è un privilegio personale ch'egli non può cedere ad un secondo surrogato. In conseguenza, se molti ànno prestato il loro danaro al debitore, per liberarsi verso il suo creditore che à ricevuto il suo credito per parti ed in diversi tempi; avendo tutti stipulato la surrogazione a' dritti di quest'ultimo, non vi sarà tra loro qualche preferenza, ma verranno per concorrenza su' beni del debitore. Potrebbe obiettarsi, che si dovesse collocare, prima di tutti gli altri, quello che à somministrato i danari dell'ultimo pagamento fatto al creditore, per la ragione, che se il creditore pel restante del suo credito avea dritto di escludere tutte le persone il cui danaro avea servito a' pagamenti parziali anteriori, la surrogaziona accordata all'ultimo de' prestatori à fatto passare nella sua persona tutt'i privilegi del creditore, non escluso il dritto di *preferenza*. Ma questa obiezione è stata riputata speciosa; poichè quando due azioni sono somiglievoli nella loro origine, che derivano da uno stesso principio, che tendono allo stesso scopo ed allo stesso fine, esse debbono avere la medesima forza, la medesima virtù, debbono concorrere egualmente. Egli è vero che per una grazia singolare della legge, quando il pagamento del creditore non era perfezionato, quella parte che rimanova del suo credito era preferibile all'altra; ma è pur vero che da che è stato soddisfatto, da che la liberazione è stata perfezionata, la sua preferenza si è annientata mediante il pagamento, *solutione tollitur omnis obligatio*. Non fu nel potere del creditore, quando l'avesse voluto, il far rivivere un dritto estinto, accordare una preferenza la quale avrebbe distrutta la prima surrogazione, e se l'ultima surrogazione fosse preferibile alla prima,

§ III.

Della imputazione de' pagamenti (1).

V. gli art. 1251, 1780.

1206. Il debitore che a più debiti, ha diritto di dichiarare, quando pa-

di rado il primo surrogoto potrebbe esser pagato. Le giustizia duoque esigendo che vi fosse nna perfetta eguaglianza tra una prima ed uo'ultima sorrogazione, tutt' i surrogati debbono concorrore per contributo: Olea, *de cessione jur.*, t. 6, quaest. 8, n. 10; Merlin, rep., v. *subrogation de personne*, sez. 2, § 8, n. 8; Toullier, t. 7, n. 170; Delvio., lib. 3, tit. 5, nota 325; Duranton, t. XII, n. 188; Troplong, *hypot.*, n. 379; Grenier, *hypot.*, n. 389.

4.° Cho ogni creditore il quale è stato pagato di una parte soltanto del suo credito, debb'essere pagato del resto, sopra i beni del suo debitore, in preferenza del surrogato il qualo avesso somministrato il donaro pel pagamento; ed in conseguenza nna persona lo qualo à venduto volontariamente o per espropriazione forzata, a la quale non à ricevuto che uno parto del prezzo dello cosa venduta, debb'essere pagata del resto in preforenza del surrogato che avesso prestato il danaro per farsi i primi pagamenti. Esempio: io vendo o Cajo un fondo per dieci milo docati, do'quoli vangon delegati ducati otto milo a dne miei creditori iscritti sul fondo. Il compratore paga a'miei creditori indicati nel contratto con una somma che prendo o prestito do Movio, il quale si è fatto *surrogare* ne' dritti o nelle Ipoteche de' creditori pagati. Avviene che a Cajo è espropriato per ducati otto mila il fondo comprato, prima che paghi a me i dno mila ducati residuo del prezzo. Io debbo essere preferito a mutuanti surrogati per fatto de' creditori pagati, poichè, per l'art. in esamo, la surrogaziono noo può nuocere ol creditore, alloraquando costui non è stato soddisfatto che in parte. Imperciocchè tutti coloro cho ànno prestato all'acquirente, non lo ànoo fatto che per pagare il suo debito, e nan per divenire creditori del venditore; la surrogoziooo da essi ottonuta ora di rendere l'acquirente libero verso il venditore, o per conseguente qoesta surrogazione non può giammai nuocere al venditore. Quando l'acquirento non à donari per pagaro il prezzo del suo acquisto, o cha lo toglie a prestanza con la condiziooe della surrogaziooe, quegli cho presta il suo dooaro sa, so i danari che presta, formano o no l'intero pagamento dol prezzo della voodita, o non deve ignorore che il venditoro è creditore privilegiato (ort. 1972) del resto di prezzo. Colui adunque che presta il suo danoro oll'acquirente, è riputato non prestarli che à condizione cho l'acquirento non acquista dritto iocommutabilo sullo cosa, so non dopo di aver pagoto l'intero prezzo. Per il che, il venditore dev' essero soddisfatto del rimanento del prezzo in proferenzo di colui che à somministrato i danari oll'acquirento con surrogazione a' creditori del venditore; diversamento, lo surrogozione opererebbe che il venditore rimarrebbe dofrandato del soprappiù del prezzo. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 325; Durontoo, t. XIII, n. 189; Merlin, rep., v. *subrogation de personne*, sez. 2, § 8, n. 7; Greoier, *hypot.*, n. 394. — *Contra*, Troplong, *hypot.*, n. 234.

(1) Estinguendosi col pagamento il debito, s'intendo il debitore liberato da quello obbligazione cui il pagamento si riferisco. Ma quando uno persona è debitrice dello stesso creditoro per causo diverse, certamento il pagamento di un debito, non estingue l'obbligazione dal debitore per i debiti cho da altre causo derivano. Tizio devo a Cajo mille a titolo di mutuo; 500 risultanti dalla liquidazione di una società avuto con lo stesso Cajo; 400 rimasti in suo potere per un mondato ricevuto; 300 per condaona riportata in un giudizio per la restituzione di uno cosa rubata. Per ciascuno di questi debiti dovo Tizio somma diverse. Or supponiamo che Tizio paghi a Cajo 900 ducati che non bastano alcerto ad estinguere i debiti che derivono da diverse causo: si domanda, quoli obbligazioni sono rimaste estinte con questo pagamento? È chioro da una parta che è rimasta col pagamento estinta la sola obbligozione cui si riforisce il pagamento, l. 103, ff. *de solut.*; ma quale è l'obbligazione che si è estinta da chi è debitore di diverse somme, per cause diverse? Per la risoluzione di questa quistione è derivata la teorica della *imputazione*, cha vuol dire attribuire una cosa a qualcuno, come dice la l. 2, § *item quaeritur* ff. *de separat.*, cioè mettere a conto, o discarico. Quindi si dice *imputare* una somma, cioè discoricare il debitore.

Stabilito il fondamento dello imputazione, le regole lo questa seziono stabilite sono estratte da'numeri 565 e seg. del trattato delle *obbligazioni* di Pothier, a'cui tempi questa materio era stata spianata dalle dotte fatiche de' giureconsulti che l'avean preceduto. Ma quando scriveva Donello, non era senza difficoltà la materia della *imputazione de' paga-*

ga, qual debito intenda soddisfare (1).

1207. Il debitore di un debito che produce frutti o interessi, non può senza il consenso del creditore imputar nel capitale, in preferenza de' frutti e degl'interessi, ciò che egli paga. Il pagamento fatto in conto del capitale e degl'interessi, se non è integrale, s'imputa prima negl'interessi (2).

V. l'art. 1250.

1208. Quando il debitore che ha più debiti, abbia accettato una quietanza colla quale il creditore abbia specificamente imputato sopra l'uno di essi la somma ricevuta, il debitore non può chieder più che s'imputi sopra un debito diverso; purchè non siavi stato dolo o sorpresa per parte del creditore (3).

---

menti: interdum, egli dicea, *ea confusio est, ut nisi sedulo attendimus, responsa ipsa veterum de hac re inter se dissidere videantur. Danda est igitur opera, ut hic locus paulo diligentius et certius explicetur*: com., lib. 16, cap. XII.

(1) *Quoties debitor ex pluribus causis unum solvit debitum, est in arbitrio solventis dicere quod potius debitum voluerit solutum; et quod dixerit, id erit solutum. Possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus*; l. 1, ff. *de solut*.

Se però uno de' debiti non è scaduto, ed il termine trovasi stabilito a favore del creditore (vedi l'art. 1140, e la pag. 291), non può il debitore costringerlo ad imputare il pagamento su questa somma. Pothier, *obligat.*, 565; Toullier, l. 7, n. 174.

(2) La facoltà accordata al debitore d'imputare la somma che paga a quel debito che gli piace, riguarda le obbligazioni principali; ma quando si tratta di un debito che produce frutti o interessi, non può dirsi che i debiti procedono da diversa causa: la sorte forma l'obbligazione principale, le usure l'accessoria. Or la legge 5, § 3, *de solut.* avea stabilito, che in tal caso la imputazione deve farsi prima sugl'interessi, ed il dippiù sulla sorte principale. Filosofica era questa disposizione ritenuta nell'art. in disamina. Imperciocchè, estinta l'obbligazione degl'interessi maturati, rimane intera al creditore l'obbligazione della sorte, non che quella degl'interessi maturandi; mentre che, se fosse permesso al debitore d'imputare il pagamento prima sulla sorte, verrebbe ad estinguere l'obbligazione degl'interessi maturandi che sono un accessorio della sorte, l. 26, C. *de usuris*; l. 129, ff, *de reg. jur.* Or, quando i debiti procedono da diverse cause, è sembrato giusto al legislatore di lasciare al debitore la facoltà di liberarsi dall'obbligazione più grave, poichè il creditore non avea di che dolersi, rimanendo interi gli altri suoi crediti. Diversamente sarebbe avvenuto, se fosse stato lecito al debitore di estinguere la sorte a preferenza degli interessi. Donello, *comment. juris civilis*, lib. 16, cap. 12.

Conseguentemente all'esposto principio, l'art. in esame decide altresì, che *il pagamento fatto in conto del capitale e degl'interessi, se non è integrale, s'imputa prima sugl'interessi*. Ciò formava un tempo oggetto di controversia, ma dotti interpetri, tra quali Donello *ibid.*, così interpetravano la l. 5, § ult. ff. *de solut.*

Potendo ognuno rinunciare ad un dritto introdotto in suo favore, l. 29, C. *de pactis*, è chiaro che se il creditore accetta dal debitore un pagamento in conto del capitale, a preferenza degl'interessi, non può in seguito contrastare questa imputazione; l. 102, § 1, ff, *de solut.*; Pothier, *obligat.*, n. 565.

(3) La regola in questo articolo stabilita è tratta dalle ll. 1, 2 e 3, ff. *de solut.*, le quali richiedono le seguenti condizioni: 1.° Che la imputazione sia fatta nel momento in cui il creditore riceve il pagamento; 2.° Che la imputazione fatta dal creditore sia giusta e ragionevole.

La prima limitazione è nello spirito del nostro articolo, poichè la quietanza nella quale è specificatamente notata la imputazione, si rilascia al debitore nel momento del pagamento.

La seconda limitazione è stata pure conservata nel senso, che la legge ammette il debitore a dedurre il *dolo* o la *sorpresa*, il che è nel demanio de' giudici del merito. La presunzione è, che il debitore vuole liberarsi dal credito più oneroso, e questa presunzione avvalorata da altre circostanze possono fare stabilire che il creditore à con *dolo*, o *sorpresa*, scritta nella quietanza una imputazione diversa dalla volontà ch'ebbe il debitore nell'eseguire il pagamento. Per esempio, dice Pothier (*obligat.*, n. 567), io suppongo che un contadino sia debitore verso di un patrocinatore, da una parte della somma di 300 lire esigibili per prezzo di una vendita fattagli di un pezzo di terra, e degl'interessi per un anno circa; e sia debitore dall'altra parte di cinque o sei cento lire per onorari. Se questo contadino porta al patrocinatore una somma di quattrocento lire, e questi rilasciando

1209. Quando la quietanza non esprima veruna imputazione, il pagamento si dee imputare nel debito che a quell'epoca il debitore avea maggior interesse di estinguere fra quelli che fossero egualmente maturi: altrimenti s'imputerà nel debito scaduto, quantunque meno oneroso di quelli non per anco scaduti.

Se i debiti sieno di egual natura, l'imputazione si fa sopra il più antico: in parità di cose si fa *pro rata* (1).

---

la quictanza fa menzione di averla ricevuto a conlo degli onorarl, è evidente che questa imputazione ó nna sorpresa cho si è fatta al debitore, e chà questi á dritto, oon ostaote ciò cho risulta dalla quietanza, di domoodare che il pagamanto sia imputato sulle trecento lire di debito per prezzo del fondo, e che in cooseguenza gl'interessi sieoo cessati dal giorno della quictanza. All'opposto, continuo Pothier, quando il creditora à ovuto una sufficiente ragioua per esimersi dal fare l'imputasione sul debito cha importava più al debitore di pagare, *puta* perchè lo somma pagata era minore di qualla dovnta per questa causa, o perchè il creditore non era obbligoto a ricevere soltanto in parle il pagamento di qnesto debito, allora il debitore non può opporsi all'imputazione fatta in un altro debito; perchè il creditore in questo caso avendo dritto di ricnsara il fattogli pagamento, non l'à accettato che sotto condizione della imputazione da esso fatta, a convcouta tra esso o'l debitore.

Da ultimo è da notarsi, che quando il debitore à dritto di reclamare contro l'imputazione fatta nella qoiotaoza da lui occettata, deve farlo non appena si accorge del dola o della sorpresa. La legge non prefigge termine, nè qui trattasi di una rescissiona di contratto, per impugnare il quale l'ort. 1258 stabilisce il termioe di 10 anni. La legge adunque à voluto losciare alla prudenza dal magistrato, il decidero se nel momento in cui il debitore impugoa la imputazione contanuta nella quietanza, l'avca o pur no precedentemente ratificata. Durantoo, t. XII, n. 193.

(1) Quando nè il debitore, nè il creditoro abbiano dichisrato nol tempo del pagameoto su qnole debito s' intende imputata la somma pagata, la legge presume che se il debitore fosse stalo avvertito, avrebbe dichiarato di volersi liberare dal debite più oneroso, l. 3 e 5, ff. *de solut.* Queslo principio è anche ammesso dall'art. in esame; e tutta la difficaltà nell'applicazione sta nel discernere quale di più debiti debbe ripntarsi il più onoroso.

Ed in prima è notevole una osservazione principale. Il debitore può dovere diversa somme per cause *gravi*, ed oltre per eause *non gravi*. In drilto si dice *grave* nna cansa, quando, nel momento che il debitore paga, poteva esservi costretto, l. 103, ff. *de solut.* Non *grave* è la causa del debito, quando non è esigibile, l. 8, ff. *de obligat. et act.* Or le cause per le quali uo debitore noo può essere costretto al pagamento, sooo tre: 1.° Una obbligazione naturalo, l. 10, ff. *de obligat. et act.*; 2.° Una obbligaziona civile a termine, o sotto condizione, l. 213, ff. *de verb. signif.*; 3.° Una obbligazione civile pura, ma messa in cantroversia, l. 1 e 3, ff. *de solut.*

Or non si presume che il debitore avesse inteso imputare il pagamento in un debito non grave, e perciò l'arl. in esame dichiara, che se il debito scaduto è meno ooeroso di quello non scaduto, la imputazione s'intende fatta sul debito scadnto, e ciò coerentemente alla l. 3, § 1, e l. 103, ff. *de solut.*—Pothier, *obligat.*, n. 567 proponeva nna eccezione a siffatta regola, pel caso in cui il debito non iscaduto, mo prossimo a scadere fosse più oneroso; ma questa eccezione non potrebbe oggi ommettersi, perchè non ammessa dall'arl. in esame. Toullier, t. 7, n. 179; Duranton, t. XII, n. 194.

Quando poi tutt'i debiti si trovano egualmente scoduli, e producono interessi, l'imputazione si fa prima sugl'interessi che sul capitale, siccome abbiamo osservato nella nota precedente. Dovendosi fare l'imputaziona sul capitale, bisogna distinguere se i debiti fossero tutti della medesima natura, o pur no. Nel primo oaso, l'imputazione dee farsi sul debito più antico, l. 5, ff. *de solut.*; e se avessero la stessa data, l'imputazione si farà proporzionatamente su ciascuno di essi, l. 8, ff. *de solut.*

Nel secondo caso, quando cioè i debiti non fossero tutti della medesima natura, l'imputozione deve farsi sul debito più oneroso, per l'estinsiona del quale avea il debitore maggior interesse di soddisfare. Or gli aotichi giureconsulti saviamente fecero nna progressione di cause gravi, per conoscere su quale, fra più debiti che aveano una causa grave, dovesse imputarsi il pagamento; su di che, tre idee fondamentali fondate sulla natura delle cose si presero in considerasione; cioè, debiti che compromettavono l'onore del debitore: debiti che compromettevano il patrimonio del debitore; debiti che lo rendevano obbligato nell'interesse de' terzi. Si ammise in conseguenza:

§ IV.

Della offerta di pagamento e del deposito.

1210. Quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento, il debitore può fargli *l'offerta reale:* e nel caso che il creditore non voglia accettarla, può depositare la somma o la cosa offerta.

V. gli art. 895 e seg. p. c.

L'offerta reale seguita da un deposito libera il debitore: essa tien luogo di pagamento riguardo a lui, quando sia fatta validamente; e la cosa in tal modo depositata rimane a rischio del creditore (1).

1.° Che l'imputazione deve farsi primieramente sul debito, che à una causa ingiuriosa pel debitore, come sarebbe il debito per condanna riportata in giudizio penale per furto, falso, ingiurie; o pure un debito per causa di società, di tutela, di mandato, di deposito, l. 1, ff. *de his qui not. infamia;* l. 7 e 97 ff. *de solut.*

2.° Che, in secondo luogo, l'imputazione deve farsi sul debito che, non pagato, fa incorrere il debitore in una clausola penale, o pure al pagamento degl'interessi moratorî; prima sul debito ipotecario, che chirografario; l. 4, 7 e 97, ff. *de solut.*

3.° Che, in terzo luogo; l'imputazione si fa su'crediti, pe'quali può il debitore esser molestato da più creditori. Quindi, l'imputazione si fa piuttosto sul debito per cui il debitore avea prestata fidejussione, che su quello senza fidejussione, per la ragione che il debitore col pagamento si libera dal creditore e dal fidejussore, l. 4 e 5, ff. *de solut.* Similmente, se il debitore à due debiti, uno nel nome proprio e l'altro come fidejussore, l'imputazione s'intende fatta sul primo, perchè il debitore avea maggior interesse di estinguere una obbligazione principale, che una accessoria e subordinata al beneficio della discussione; l. 97, ff. *de solut.* Donello, *coment. juris civ.*, lib. 16, cap. XII; Pothier, *obligat.*, n. 567.

(1) I. Il debitore, quando il debito è esigibile, à dritto di liberarsi dall'obbligazione, estinguendola col pagamento. Il rifiuto del creditore non dev'essere di nocumento al debitore, e da ciò nasce che la legge l'autorizza ad offrire al creditore la somma o la cosa dovutagli. E siccome, per dirsi liberato col pagamento, la somma o la cosa dovuta deve uscire dalle mani del debitore, l. 167, ff. *de reg. jur.*, così dopo la offerta rifiutata dal creditore, deve il debitore depositarla, mentre la sola offerta non è valevole ad operare la liberazione del debitore, l. 9 e 19, C. *de usuris.* L'offerta adunque seguita dal deposito, sta in luogo di pagamento: sono notevoli queste parole dell'art. in esame, *tien luogo di pagamento*, poichè il pagamento contiene essenzialmente la traslazione della proprietà della cosa pagata nella persona del creditore, l. 167 ff. *de reg. jur.*, ed il deposito non trasferisce la proprietà al creditore, così che il debitore può ritirarlo, art. 1214. Ciò nonpertanto, il deposito preceduto da offerta *tien luogo di pagamento*, nel senso che libera il debitore verso il creditore, a cui rischio rimane la cosa depositata, e ciò coerentemente alla l. 9, C. *de solut.*

L'offerta adunque ed il deposito tengon luogo di pagamento. Offrire una somma o una cosa dovuta al creditore, non è dire al creditore con parole, io *sono pronto a pagarvi quel che vi debbo;* ma è forza presentargli la cosa dovuta, e se il debito consiste in una somma di danaro, numerargli la quantità ed indicarne la specie, art. 895 *p. c.* La vera offerta quindi deve contenere la cosa che dev'essere consegnata, e perciò la legge energicamente dice, che la offerta dev'essere *reale.*

Avendo l'offerta seguita dal deposito il carattere di un vero pagamento, bisogna che l'una e l'altro sien validi, e perciò la legge ne' due articoli seguenti à stabilito le condizioni richieste per la validità dell'offerta e del deposito. Il deposito validamente fatto mette la cosa *a rischio del creditore* (*), dice l'art. 1210; di cui è una conseguenza immediata che la perdita o la deteriorazione della cosa depositata è a danno del creditore.

(*) Anche se si trattasse del prezzo dell'aggiudicazione depositato nella Cassa di Ammortizzazione in seguito di un giudizio di espropriazione. Il deposito del prezzo dell'aggiudicazione mette questo prezzo a rischio de'creditori ipotecari. Di fatti, è di principio che il deposito equivale ad un pagamento effettivo. Se il creditore in profitto del quale la sua collocazione opera una indicazione di pagamento, ricevesse realmente dalle mani dell'aggiudicatario la parte del prezzo che gli è assegnata, certamente questa parte del prezzo diverrebbe, da tal momento, sua proprietà; certamente il debitore sarebbe, da

Ma, poichè la cosa *in tal modo depositata rimane a rischio del creditore*, potrebbe dedursi per l'argomento *e contrario*, che la perdita della cosa dopo l'offerta e *prima* del deposito non sia a danno del creditore. Su di che bisogna osservare, che una offerta reale validamente fatta mette in mora il creditore, l. illud ff. *de periculo et comodo rei venditae*, ed è regola di dritto che *mora sua unicuique nocet*, l. 172, § 2, ff. *de reg. jur.* Non è giusto in vero, che la perdita, senza colpa del debitore, della cosa offerta, andasse a suo danno, solo perchè il creditore l'à ingiustamente ricusata, e perciò la l. 72, ff. *de solut.* dice: *qui* DECEM *debet, si ea* OBTULERIT *creditori, et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit: doli mali exceptione potest se tueri quamquam interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto id in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse.* Evvi ancora dippiù. La cosa offerta può consistere e in una cosa determinata soltanto nella specie, o in fine in una somma di danaro. Consistendo il debito in una cosa certa e determinata, dessa è a rischio del creditore, anche prima della offerte del debitore, art. 1092, purchè costui non sia in mora; e nella pag. 249 abbiamo veduto quando il debitore può dirsi in mora. Il dubbio dunque può consistere soltanto ne' debiti di cose indeterminate, per la ragione che la perdita di una cosa generica, e di una quantità, non libera il debitore, ancorchè costasse di essere stata destinata per pagare il creditore, § 2, Inst. *quib. modis re contrah. obligat.*; ma se questa perdita à luogo dopo l'offerta, è liberato il debitore, dice la citata l. 72, ff. *de solut.* Donello, *coment. juris. civ.*, lib. 16, cap. 13; Voet, tit. *de solut.*, n. 28.

Sicchè, le parole dell'art. in esame che vogliono l'offerta *seguita dal deposito* per mettere la cosa a rischio del creditore, debbono, a nostro modo di vedere, intendersi nel senso, che la perdita la quale non è stata seguita dal deposito, obbliga il debitore a provare che la perdita è avvenuta senza sua colpa; ed i giudici non iscuseranno certamente quel debitore il quale non à effettuato il deposito, sebbene un considerevole intervallo di tempo fosse passato dal dì delle offerte.

II. Abbiamo detto, che l'offerta mette in mora il creditore. Da ciò la quistione agitata dagli antichi e moderni giureconsulti, se gl'interessi cessano di decorrere dal dì delle offerte, o pure da quello del deposito. In Francia sono insorte su questa quistione tre opinioni, e questa divergenza è derivata dalla diversa compilazione del n.° 6 dell'art. 1259 del codice civile, che testualmente stabilisce di cessare il corso degl'interessi dal dì del deposito; e dall'altra parte l'art. 816 del codice di procedura dice, che la sentenza che dichiara valida l'offerta, ordinerà la cessazione degl'interessi dal dì della *realisation*. Perciò da una parte Toullier, t. 7, n. 221 a 230, con tutta la potenza della sua dialettica sostenne, che l'art. 816 della procedura fu così compilato per togliere la contraddizione tra gli art. 1257 (1210) e 1259 (1212) del codice civile; e secondo lui eravi contraddizione tra questi due articoli, perciocchè decidendo l'art. 1257 (1210) che l'offerta seguita dal deposito libera il creditore, il deposito à un effetto retroattivo, ed il debitore non può esser tenuto a depositare interessi posteriori alle offerte.—Altri giureconsulti non vedevano ne' citati articoli del codice civile la contraddizione pretesa Toullier, e la voce *realisation* adoperata nell'art. 816 proc. civ. si riferiva alla realizzazione del deposito, così che questo articolo venne a confermare il principio stabilito nel n.° 6 dell'art. 1259 (1212) del codice civ. che testualmente decide di non cessare il corso degl'interessi, che col deposito: era questa la dottrina di Berriat, p. 3, lib. 1, tit. 1, nota 7, di Carré sull'art. 816, *proc. civ.*, *quaest. 2792*; di Lepage, p. 543; di Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 276, di Duranton, t. XII, n. 223. Finalmente un terzo sistema fu messo in campo da Merlin, rep. v. *interet*, § 7, n. 4, e Delaporte, t. 2, p. 380. Essi intendono per *realisation* l'atto con cui il debitore, sulla domanda di validità o di nullità di offerta, la reitera all'udienza, e quindi gl'interessi decorrono sino al giorno di tale effettuazione: che l'art. 1259 del cod. civ. applicasi soltanto al deposito fatto sopra una consegnazione volontaria del debitore, senza che siavi stata contestazione sulle offerte.

Presso di noi siffatta quistione tanto controvertita in Francia, è stata risoluta dal testo dell'art. 899 delle *leg. di proc. civile*, nel quale si stabilisce, coerentemente al n. 6 del-

tal momento, liberato sino alla concorrenza di questa parte del prezzo. Deve dunque essere lo stesso nel caso che l'aggiudicatario invece di pagare fra le mani del creditore, paghi nelle mani della Cassa dei depositi; imperciocchè la cassa de' depositi è instituita dalla legge per ricevere in nome di tutti quelli che ànno qualità di ricevere dalle loro mani; ed è per conseguente per ricevere in nome de' creditori che ànno, sul prezzo dell'aggiudicazione, indicazioni di pagamento; il valore delle indicazioni di pagamento si reputa dunque pagato ai creditori che le ànno ottenute, per ciò solo ch' è pagato al ricevitore de' depositi. Merlin rep., v. *subrogation de personne*, sez. 2, § 8, n. 7.

1211. Affinchè l'offerta reale sia valida, è necessario

1.° che si faccia al creditore capace di ricevere, o a chi ha facoltà di ricevere per lui (1); V. l'art. 1192.

2.° che si faccia da persona capace di pagare (2); V. l'art. 1191.

3.° che comprenda l'intera somma esigibile, i frutti o gl'interessi dovuti, le spese liquidate, ed una somma per quelle non liquidate, colla riserva per qualunque supplimento (3); V. l'art. 1196 ll. cc., e 893 p. c.

---

l'art. 1212 delle ll. cc. che gl'interessi cessino dal giorno in cui si è *effettuato il deposito*. Si è voluto con ciò adottare il sistema di que'dottori antichi che sostennero di non cessare il corso degl'interessi moratori o convenzionali con la sola offerta, ma si richiedeva altresì il deposito. Questa dottrina sostenuta da molti scrittori della scuola erudita (*vedi* Voet, tit. *de usuris* n. 17) prevalse in Italia, come attestano Fabro, C. lib. 8, tit. 30, *def.* 40 e 53, de Franchis, *dec. 227 cum de Luca*. Ha quindi bene, secondo noi, la Corte Suprema di giustizia di Napoli con arresto del dì 30 novembre 1831 deciso, che gli *interessi* non cessano se non dal giorno in cui fu la somma depositata; ma *la liberazione del debito* si retrotrae al giorno della offerta, abbenchè non seguita dall'effettivo deposito, tutte le volte che la offerta viene dal giudice dichiarata buona e valida. Ecco le parole dell'arresto:

« Quistione. Le offerte reali sono esse, o pur no, da non potere essere attese, solo per» chè non sieno seguite dal deposito?

« Osserva questa Corte Suprema, che la offerta reale fatta da M. si fu precisamente » per avvalersi del dritto, quale venivagli dallo stipulato, di poter affrancare il canone: » offerta che venne rifiutata da C. sotto il pretesto di non poter riconoscere il patto del» l'affrancazione; offerta che il Tribunale à ritenuto nulle o di non potersi attendere, sol » perchè non fosse stata seguita del deposito.

« Osserva che tale nullità non venga pronunziata da verun articolo di legge, siccome » à pur deciso la Cassazione di Parigi con arresto del 5 dicembre 1826, riferito da Sirey, » 27, 308; che anzi l'art. 899 p. c. conferma maggiormente tale dottrina, dicendosi in » esso che la sentenza che dichiarerà *valide* le offerte, qualora non sia stato per anco ef» fettuito il deposito, ed il creditore abbia mancato di ricevere la somma o la cosa offer» ta, ordini che questa sia *depositata*, o che cessino in quel caso gl'interessi dal giorno » in cui sarà effettuito il deposito. Gl'*interessi dunque non cessano di decorrere a pro del » creditore, che dal dì del deposito*: ma non per questo il debitore non *è liberato dal dì » delle fatte offerte*. E quindi con la impugnata sentenza, ritenuto essendosi di niuna ef» ficacia la suddetta offerta reale, si è manifestamente violata la lettera e lo spirito degli » art. 1210 *leggi civili* e 899 *proc. civ. Annulla* » (causa Melucci e Collis).

(1) Vedi la nota 2, pag. 325 e seg.

(2) Vedi la nota 1, p. 324.

(3) Non potendo il creditore esser costretto a ricevere il pagamento parzialmente, art. 1196, ne segue la disposizione in questo n. 3 dell'art. 1211 ritenuta, che la offerta dev'essere integrale; e non può dirsi integrale una offerta, se non comprende: 1.° l'intera somma esigibile; 2.° gl'interessi o i frutti maturati; 3.° le spese liquidate; 4.° una somma per spese non liquidate, con riserva di pagare il supplemento. Analizziamo.

1.° *Intera somma esigibile*—Allorchè trattasi di più debiti esigibili, il debitore può pagarli separatamente. L'enfiteuta quindi debitore di più annate di canoni, può offrire al creditore una sola annata, ad oggetto d'impedire la devoluzione: vedi la nota 1, pag. 340.

Mancando l'offerta di qualche lieve somma, possono i giudici del merito abilitare il debitore a completarla, per argomento dell'art. 1197. Arresto della Corte Suprema di Napoli de' 15 giugno 1837 (causa *Polichetti*, *Capecelatro e Genovino*).

Similmente, se per effetto di un errore di calcolo le offerte non comprendono tutto ciò ch'è dovuto, e quando il debitore si affretta di riparare questo errore, le offerte possono e debbono essere dichiarate valide. Arresto della Cassazione di Parigi del dì 21 agosto 1828, in Dalloz, *rec. pér.* 1829, 1, 418.

2.° *I frutti e gl'interessi dovuti.*—Nella nota 1, pag. 340 abbiamo dato la ragione per cui i frutti o gl'interessi dovuti debbon far parte delle offerte. Qui aggiungiamo, che gli interessi o frutti debbon far parte dell'offerta, sebbene al creditore non sieno stati dal magistrato con sentenza aggiudicati. Imperciocchè gl'interessi moratori dal giorno della domanda si considerano come un accessorio dell'obbligazione principale, art. 1107, e gl'interessi che sono dovuti di pieno dritto o per effetto della convenzione (vedi la nota 1, pag.

V. l'art. 1140.

4.° che il termine sia scaduto, se fu stipulato a favore del creditore (1);

V. l'art. 1184.

5.° che siasi verificata la condizione sotto la quale fu contratto il debito (2);

V. gli art. 1200 a 1217.

6.° che l'offerta sia fatta nel luogo convenuto pel pagamento (3): e quando non vi sia convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento, che sia fatta alla persona del creditore, o al suo domicilio, ovvero a quello scelto per l'esecuzione del contratto (4);

V. gli art. 895 e s. p. c.

7.° che l'offerta sia fatta per mezzo di un ufiziale pubblico autorizzato a tal sorta di atti (5).

V. l'art. 1217.

1212. Perchè il deposito sia valido, non è necessario che venga autorizzato dal giudice: ma basta

V. l'art. 897 p. c.

1.° che sia stato preceduto da una intimazione notificata al creditore, colla quale s'indichi il giorno, l'ora e 'l luogo in cui la cosa offerta sarà depositata (6);

---

260) decorrono anche prima che il giudice ne pronunziasse la condanna. Merlin, *Rép. v. intérêt*, § 4. n. X.

3.° *Le spese liquidate, ed una somma per quelle non liquidate.* — La facoltà di offrire una somma anche modica per le spese non liquidate è di un uso antico, ed è stata ragionevolmente conservata dal codice; giacchè, dice Toullier, t. 7, n. 192, il creditore deve imputarsi di non aver fatto liquidare le spese dovutegli; e d'altronde non può dirsi incompleta una offerta di ciò ch'è illiquido, arg. l. 41, ff. *de solut.*; Gotofredo, sulla l. 9, C. *de solut.* Se quindi si è incoato un giudizio di espropria, ed il debitore offre al creditore il capitale, gl' interessi ed una somma qualunque per le spese del giudizio non liquidate, il creditore non può continuare le procedure, ma deve procurare la tassa regolare delle spese dovutegli dal debitore.

(1) Per sapere, quando il termine è stato stipulato a favore del creditore, vedi la nota alla pag. 291, n. 7.

Laddove il termine fosse stipulato a favore del debitore, è chiaro che può fare l'offerta prima della scadenza: vedi la pag. 291, §. II.

(2) Il debito subordinato ad una condizione non è ch' eventuale; e siccome l'offerta mette in mora il creditore (p. 368), niuno può essere costretto a ricevere una cosa che dovrebbe poi restituire, non avverandosi la condizione: vedi la nota 1, pag. 286.

(3) Vedi la nota 2, p. 343.

(4) Non essendosi indicato il luogo del pagamento, l'offerta del debito che consiste in una cosa certa, dove farsi nel luogo indicato dall'art. 1217. Nella nota 2, pag. 373 vedremo in qual luogo dovrà farsi l'offerta di un debito consistente in una cosa indeterminata. La disposizione di questo n. 6, dell'art. 1211 concerne le offerte delle somme di danaro.

Non essendosi convenuto un luogo pel pagamento, l'offerta dev'essere fatta a persona o a domicilio del creditore; ovvero a quello scelto per l'esecuzione del contratto. Ne' casi ordinari il pagamento dev'esser fatto nel domicilio del debitore, art. 1200; ma quando è il debitore che vuol pagare offrendo al creditore, è chiaro che non potrebbe offrire nel proprio domicilio. È una conseguenza della teorica del luogo in cui dove farsi l'offerta, che il Tribunale del medesimo luogo è chiamato a giudicarne della validità, quante volte viene intentata con istanza principale: se è accessoria ad una contestazione già esistente, viene portata alla conoscenza del Tribunale ch' è investito della conoscenza della causa principale. Carrè, *lois de proced.*, quest. 2790; Lepage, quest. pag. 544.

(5) L'ufiziale ministeriale incaricato per eseguire le offerte è l'usciere. Si è quistionato, se le offerte possano essere fatte da un notaio, e Toullier, t. 7, n. 201 non incontra difficoltà a sostenere l'affermativa. La negativa viene insegnata da Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 270, e da Pigeau, t. 2, p. 462; ma Carrè *quest. 2783* osserva, che sebbene l'art. 1211, n. 7, non accorda agli uscieri un potere esclusivo di fare le offerte; pure è meglio di avvalersi del ministero dell'usciere, massimo perchè l'art. 35, n. 33 della tariffa accorda all'usciere un dritto per le offerte, così che pare che è nello spirito del citato art. di attribuire all'usciere esclusivamente il dritto di eseguire le offerte.

(6) Il deposito, per liberare il debitore, dev'essere preceduto dall'offerta reale che deve contenere le condizioni nell'articolo precedente stabilite. Se il debitore depositasse la somma prima di averla offerta al creditore, non può dirsi liberato; l. 6 e 19, C. *de usuris*.

2.° che il debitore siasi spogliato del possesso della cosa offerta, consegnandola insieme cogl' interessi decorsi insino al giorno del deposito, nel luogo indicato dalla legge per ricevere tali depositi (1);

3.° che siasi steso dall' nffiziale pnbblico (2) un processo verbale indicante la natura delle specie offerte, il rifiuto che abbia fatto il creditore di accettarle, o la sua mancanza a comparire, e finalmente il deposito;

4.° che quando il creditore non sia comparso, gli sia stato notificato il processo verbale del deposito, colla intimazione di ritirare la cosa depositata (3).

1213. Le spese dell' offerta reale e del deposito, se questi atti son valdi, sono a carico del creditore (4).

1214 Finchè il deposito non sia stato accettato dal creditore, il debitore può ritirarlo; e, quando il ritiri, i suoi condebitori o i suoi fidejusssori non restano liberati (5).

V. l'art. 899 p. c.

V. gli art. 895 a 896, p. c.

V. gli art. 1201 II. cc, a 607 p. c.

V. l'art. 1906.

---

(1) È la cassa di Ammortizzazione destinata in Napoli a ricevere i depositi giudiziari, e nelle province lo sono le casse de' ricevitori distrettuali, e provinciali per conto della stessa: *legge del 1 gennaio 1817, art. 7; e decreto del 5 dicembre 1825.*

Sulla quistione, se la offerta valida faccia cessare il corso degl' interessi, vedi la pag. 368, §. II, e pag. 369 in princ.

(2) È l'usciere l'uliziale ministeriale che deve compilare questo atto. Vedi la nota 5, p. 370.

(3) È surta tra gli scrittori la quistione, se il deposito abbia il suo effetto liberatorio dal giorno in cui è stato fatto, o solamente da quello dalla notificazione del processo verbale di deposito. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 278 opina, che sino alla notifica del processo verbale del deposito, non è il debitore liberato; giacchè siccome questa notifica non si esegue che quando il creditore è contumace nell'atto del deposito, così soltanto dal giorno in cui essa fu eseguita, il creditore è legalmente istruito che il deposito abbia effettivamente avuto luogo, ed è messo in mora per ritirarlo. Nè osta, continua Delvincourt, che gl'interessi cessano di decorrere dal giorno del deposito; poichè *stricto iure* dovrebbero cessare dal giorno delle offerte, essendo da quel giorno il creditore in mora di ricevere; e se si fanno decorrere sino al giorno del deposito, si è perchè da quel giorno solo è certo che il debitore non trae alcun profitto dalla cosa o dalla somma offerta.

La dottrina contraria professata da Duranton, t. XII, n. 224, ci sembra preferibile, per una ragione semplicissima. L' art. 1210 dichiara che col deposito la cosa è a rischio del creditore, e la formalità della intimazione del processo verbale deve per conseguente avere effetto retroattivo al giorno del deposito. Se il creditore ignorava il giorno del deposito, non poteva ignorare e la offerta, e l'avviso avuto del giorno in cui il deposito sarebbe seguito.

(4) Ricusata l' offerta, il debitore deve depositare: le spese occorrenti per questi atti sono imputabili al creditore, e perciò la legge le fa gravitare a suo carico.

Ma se il creditore accetta l' offerta, le spese delle indennità all' usciere o compilazione del processo verbale, vanno a carico del debitore, in conformità dell'art. 1201. Toullier, t. 7, n. 203 e 219; Duranton, t. XII, n. 224.—*Contra*, Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 279 e Pigeau, t. 2, p. 404.

(5) Dicemmo nella nota 1, p. 367, che l'effetto del deposito è di liberare il debitore, e di mettere la cosa depositata a rischio del creditore. Qual è dunque il principio su cui è fondata la disposizione di questo articolo? L'è, che il debitore non à cessato di esser proprietario della cosa depositata, quantunque il deposito sia stato fatto a rischio del creditore. Ascoltiamo su di ciò i dotti professori di Lovanio. *An post consignationem factam debitor desinit esse dominus, adeo ut dominium rei consignatae transferatur in creditorem? Responde, negative. In primis debitor non habuit animum pecuniam illam derelinquendi, custodiae enim causa deposuit; sed nec voluit dominium transferre in depositarium, non enim deposuit ut ipse illam pecuniam retineret, sed causa creditoris deposuit; sed nec etiam potest dici translatum dominium in creditorem, saltem quamdiu pecunia extat apud depositarium, dominium enim in alium non transfertur sine concursu voluntatis utriusque. Jam vero, dum debitor pecuniam offerebat creditori, et is recusabat acceptare, non consentit debitor in translationem dominii, sed nec postea antequam creditor eam recipiat ullo modo consentit. Igitur, cum debitor interim adhuc remaneat dominus, sequitur quod pecuniam illam penes quemcumque existentem vindica-*

V. gli art. 1305 e 1906.

1215. Allorchè il debitore ha egli stesso ottenuta una sentenza passata in giudicato, la quale abbia dichiarata buona e valida la sua offerta e 'l deposito, non gli è più permesso, nemmeno col consenso del creditore, di ritirare il deposito in pregiudizio de' suoi condebitori o de' suoi fidejussori (1).

---

re possit, quinimo et actionem depositi habebit contra depositarium, ut rem recipiat. Haec ita, si creditor necdum rem receperit; quod si acceperit, dominium transfertur in ipsum pleno iure, et consequenter debitor nullam amplius actionem habet ad eam recuperandam, l. 19, C. *de usuris. Iuxta d. leg. creditori tribuitur duplex actio, scilicet utilis reivindicatio contra quemcumque possessorem, si forte depositarius possessionem amiserit, et utilis depositi contra depositarium: has actiones autem creditor tantum habet, quamdiu debitor pecuniam non recepit; ea enim per debitorem recepta, res in pristinam causam revertitur, quasi consignatio nunquam facta fuisset, unde tunc utilis actio creditori dabitur contra debitorem.* (*Recitationes ad pandectas*, tit. *de solut.*, § 29).

Il principio adunque in siffatta materia si è, che il deposito per sè stesso non trasferisce la proprietà della somma depositata al creditore, ma si richiede, perchè questo trasferimento abbia luogo, il di lui consenso espresso o tacito. Fino a che dunque il creditore non abbia manifestata la sua accettazione, il debitore può ritirarsi la cosa depositata, siccome abbiamo altresì dimostrato nella nota 2, pag. 225. Pothier, *obligat.*, n. 580, e *droit de propriété*, n. 471.

Le conseguenze che risultano da questo principio sono importanti:

1.° Che ritirandosi dal debitore il deposito prima dell'accettazione del creditore, i condebitori ed i fideiussori non rimangono liberati, dice l' art. *in esame*; per la ragione che il deposito non à avuto la forza di estinguere l'obbligazione del debitore.

Ma i fideiussori o i coobligati potrebbero opporsi che la somma depositata sia rilasciata al debitore? L' affermativa sostenne Pigeau; « se i condebitori o i fideiussori temano che » il debitore non paghi, possono opporsi a far ritirare la somma, *per mantenere la liberazione operata mediante il deposito* ». Ha Duranton, t. 12, n. 232, impugnata questa dottrina, per la ragione che il deposito non accettato, non avendo prodotto la liberazione del debitore, non possono i fideiussori o coobligati impedirgli di disporre della sua cosa. Ma noi preferiamo la dottrina di Pigeau, non per la ragione da lui datane, che i fideiussori ànno dritto di *mantenere la liberazione operata mediante il deposito*: è questo ragionamento evidentemente erroneo, poichè dalle cose dette sin dal principio di questa nota, il debitore può ritirare la cosa depositata, appunto perchè il deposito non à operato la estinzione del debito. A noi adunque sembra che il dritto de' coobligati o de' fideiussori ad opporsi che il debitore ritiri la somma depositata, nasce dall' interesse che ànno tutti coloro che sono creditori condizionali di un debitore, a fare atti conservatori, per l'art. 1133. I fideiussori possono al certo divenir creditori del debitore, laddove dovranno pagare per costui: ciò è sufficiente ad avvalersi delle misure conservatorie contro del debitore, su di che vedi la nota 2, pag. 284.

2.° Che non essendo liberati i fideiussori, allorchè il debitore ritiri prima dell' accettazione del creditore, la cosa depositata, a più forte ragione i privilegi e le ipoteche annessi al credito, continuano a sussistere, e ciò prende anche argomento dall'art. 1216. Duranton, t. XII, n. 229.

3.° Che i creditori del debitore possono sequestrare le somme da lui depositate, poichè reputandosi che la cosa appartenga tuttora al debitore, è lecito a' creditori di sequestrare le somme appartenenti al loro debitore, art. 900 p. c., in modo che la somma sequestrata si distribuirebbe fra i creditori, come ne' casi ordinari di distribuzione per contributo, ancorchè il creditore cui fu fatta l'offerta, accettasse il deposito dopo le opposizioni degli altri creditori. Duranton, t. XII, n. 237 e 238.

4.° Che finalmente consegue dalla regola di sopra esposta, che se il debitore fallisse prima dell'accettazione del creditore, o prima che il deposito non fosse dichiarato valido con sentenza passata in cosa giudicata, il creditore non potrebbe più accettare le offerte in pregiudizio degli altri creditori, poichè essendo il debitore spogliato dell'amministrazione dei suoi beni sin dal momento del fallimento, art. 434 *leg. di eccez.*, non può più il creditore con lui formare un consenso: la somma depositata quindi apparterrebbe alla massa. Duranton, t. XII, num. 240.

(1) Abbiamo detto nella nota precedente, che il consenso espresso o tacito del creditore è necessario per operare il trasferimento della proprietà della cosa depositata: or una sentenza passata in cosa giudicata che à dichiarato valido il deposito, equivale all'accettazione del creditore. L'effetto di questa accettazione è, che il debito è estinto col pagamento, ed il pagamento estingue non solo l' obbligazione principale, ma anche le garan-

1216. Il creditore che abbia acconsentito che il debitore ritiri il deposito, dopo che fu dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, non può più valersi, pel pagamento del suo credito, de' privilegj e delle ipoteche che vi erano annesse: egli non ha più ipoteca se non dal giorno in cui cui l'atto, col quale acconsentì che si fosse ritirato il deposito, sia rivestito delle forme prescritte a produrre ipoteca (1).

V. gli art. 1215, 1232, 1305.

V. l'art. 2013.

1217. Se ciò che si dee, sia una cosa certa la quale debba consegnarsi nel luogo in cui si trova, il debitore dee interpellare il creditore a prendersela con atto notificato personalmente, o al suo domicilio, o al domicilio scelto per la esecuzione del contratto. Fatta tale intimazione, se il creditore non toglie la cosa, e 'l debitore abbia bisogno del luogo in cui è collocata, potrà questi ottenere dal giudice il permesso di depositarla in altro luogo (2).

V. gli art. 1200, 1212, n. 6, 1455, 1833, n. 3.

§. V.

Della cessione de' beni.

1218. La *cessione de' beni* è l' abbandono che il debitore fa di tutti i suoi beni a'suoi creditori, allorchè non è più nello stato di pagare i proprj debiti (3).

V. gli art. 556, 1224 ll. cc., e 975 p. c.

---

tie annessevi, l. 43, ff. *de solut.* In conseguenza l'art. in esame dispone, che, dichiarata valida l'offerta, il creditore che acconsente che il debitore ritiri il deposito, perde l'azione che aveva contro i coobligati o i fideiussori; perciocchè dopo l'estinzione dell'obbligazione principale, il permesso del creditore affinchè il debitore ritiri il deposito dichiarato valido, non è che un nuovo consenso tra il creditore ed il debitore, e questa convenzione non può esser di pregiudizio a' coobligati ed a' fideiussori, l. 62, ff. *de pactis*; Pothier, *obligat.*, n. 580.

È notevole però, che la sentenza dev'essere passata *in cosa giudicata*, come dice l'art. in esame, per liberare i fidejussori e coobligati. Se dunque, in pendenza delle opposizioni o dell'appello contro la sentenza che abbia dichiarato valida l'offerta, il debitore ritiri il deposito, non rimangono liberati i fideiussori o coobligati, poichè in questo caso il debitore non à bisogno del consenso del creditore per ritirare il deposito. Duranton, t. XII, n. 236.

È la sentenza passata in cosa giudicata libera non solo i coobligati o i fideiussori, ma spoglia irrevocabilmente il debitore della proprietà della cosa depositata, così che il debitore non può più ritirarla; e se la ritiri per effetto del consenso del creditore, è questa una nuova convenzione che non può alcerto pregiudicare i terzi; ed è perciò che l'art. 1216 prescrive, che i privilegi e le ipoteche annesse al credito sono rimaste estinte per effetto della sentenza che à dichiarato valida la offerta; e che volendo il creditore che ritiri il debitore la cosa depositata, le antiche ipoteche e privilegi non producono effetto che dal dì in cui l'atto di consenso fosse rivestito delle forme necessarie per essere ipotecario.

(1) A quel che abbiamo detto nella nota precedente aggiungi, che questo articolo non prevede il caso in cui il debitore ritiri il deposito col consenso del creditore, e dopo che il creditore medesimo avea acconsentito di accettare il deposito. Ma è chiaro ch' essendo in questo caso estinte le fidejussioni, giusta l'art. 1215, per la stessa ragione sono estinti i privilegi e le ipoteche. D' altronde la sentenza che dichiara valida l' offerta estingue le ipoteche, appunto perchè equivale all'accettazione del creditore. Duranton, t. XII, n. 233.

(2) La disposizione di questo articolo è altresì applicabile alle obbligazioni che consistono in una cosa indeterminate (nota 1, pag. 237), come ad un cavallo in generale, una botte di vino, una quantità di grano. Duranton, t. XII, n. 221.

La interpellazione fatta al creditore di prendere la cosa lo mette in mora; ed il deposito di cui qui è parola, non è che facoltativo pel debitore; così che, dopo la intimazione, la cosa è a rischio del creditore, ed il debitore che à continuato a custodire la cosa, di altro non è responsabile che della colpa grave; arg. l. 16, ff. *de periculo et comm. rei venditae*; l. 73, ff. *de solut.* — Se poi il debitore à ottenuto la permissione di depositare altrove la cosa, il debitore deve far intimare al creditore questa sentenza, ed indicargli il giorno e l'ora in cui farà eseguire il deposito, trasferendo la cosa nel luogo designato, dove rimarrà a rischio e pericolo del creditore. Toullier, t. 7, n. 212.

(3) I. *Storia della cessione de' beni.* — Barbare ed inumane erano le prime leggi di Ro-

ma contro i debitori inadempienti. Con uo inflessibile rigore era il creditore autorizzato a prendere in pegno la persona del debitore, con la facoltà di vincolarlo di catene e di costringerlo a' più duri servigi in escomputo del debito. Il debitore così ridotto dicevasi Nexus, perchè era addetto alla servitù del creditore in soddisfazione del debito; donde la stesse obbligaziane chiamavasi NEXA, poichè per essa il corpo si offriva come il pegno: Budeus, ad tit. *de in diem addictione*. Nè qui si limitava la potestà del creditore sulla persone del debitore: egli era autorizzato a venderlo, ad ucciderlo, e quel che sapeve di una crudeltà eccessiva, il corpo del misero debitore poteva secarsi, quando più erano i creditori. Tali furono i provvedimenti primitivi, confermati dalle leggi delle XII tavole, su di che è a vedersi Cujacio, *observat.*, lib. 3, cap. 39; Giacomo Gotofredo, *in quatuor fontibus*, tab. 3, e Coverruvias, *variar. resol.*, lib. e, cap. 1, n. 1.

Non avvi chi non sente le inumanità di tali provvedimenti, e sul proposito scrisse Quintiliano, lib. 3, cap. 6: *sunt enim quaedam non laudabilia natura, sed iure concessa, ut in XII tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit.* Che anzi molti scrittori di grave autorità furono di avviso, che questa legge fu scritta più per terrore, che per mettersi in pratica: Hothomanus, lib. 18, *antiq. adfinem*.

Una funesta esperienza dimostrò come sapevano gli usurai abusare di un dritto per se stesso arbitrario. Lucio Papirio crudele e ad un tempo libidinoso usuraio era creditore del giovinetto Publio, cui faceva dare delle battiture, che venivano disprezzate dall'infelice. Inasprìtosi il creditore, la fece denudere, ordinando che fosse barberamente battuto: comparve il paziente al pubblico flagellato, o proruppe con disperato dolore contro la libidine e crudeltà del creditore: rimase concitato il popolo a questo spettacolo, e domandò ed ottenne del Senato, che in processo di tempo gli uomini liberi non potessero darsi alla servitù del creditore. Nell'anno di Roma quindi 427, fu questa legge promulgata, sotto il consolato di C. Petilio e L. Papiria; ma questa legge cadde insensibilmente in disuso, poichè anche dopo di essa molti debitori furono tratti nelle catene, sino a che sulle istanze del Tribuno Caio Papilio fu, sotto la dittatura di Silla, promulgata una legge, *ne noxi essent* (come dice Varrone, *de lingua latina*, lib. 6) *qui operas suas in servitute pro pecunia darent*. Ma questa legge neanche ebbe lunga durata, anzi siccome sospetta Hothomanus *illustr. q. 26*, non venne confermata, come non lo furono molte altre leggi di Silla: ad ogni modo era rimasto sempre al creditore il dritto di tener carcerato il debitore, per quanto sventurato fosse, donde l'adagio *qui non habet in aere, luit in corpore*, l. ult. ff. *de in ius vocando*, l. 1, § ult. ff. *de poenis*.—Finalmente la legge *Giulia* pubblicata da Augusto restituì non solo in vigore la legge Petilia, ma introdusse altresì un dritto tutto nuovo: esser lecito a' debitori che non fossero nello stato di pagare, di *cedere i beni* a' creditori, e questa cessione avea per oggetto di liberare il debitore dalla coazione personale, come si raccoglie dalle ll. 1 e 4 C. *qui bonis cedere possunt*.

E questa cessione de' beni così introdotta dal dritto romano fu dettata da vedute di sana politica e di giustizia. Poco si è da sperare degli uomini degradati, e quando la legge con la sua autorità chiude il varco alla speranze ed alla dignità, mette il suggello alla demoralizzazione. Per impedire sì funeste conseguenze, volle il legislatore romano che con la cessione de' beni ingiuria non si arrecasse alla riputazione del debitore, *tamen ne patiantur iniuriam debet bonorum cessio admitti . . . bonorum accipere cessionem, salva eorum existimatione*, ll. 7 e 8, C. *qui bon. cedere poss.*; e più chiaramente dice la l. 11, C. *ex quib. caus. infamia irr.*, *debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint*, INFAMES NON FIUNT. E dall'altra parte, se con la cessione de' beni si volle impedire la carcerazione de' debitori impotenti a pagare i loro creditori, era pur giusto che non venissero diffinitivamente liberati da ogni obbligazione i debitori ammessi alla cessione de' beni; e perciò volle la legge, che se per l'avvenire i debitori acquistassero altri beni, eran tenuti a pagare con essi il restante de' loro debiti, l. 1 e 4 C. *qui bon. ced. poss.*

Come conseguenza del principio che la riputazione del debitore non rimaneva offesa mediante il benefizio della cessione de' beni, questa cessione facevasi semplicemente, essendo state abrogate da Teodosio le antiche formalità, l. 2, C. *qui bon. ced. poss.*; così che poteva farsi la cessione non solo giudizlariamente, ma anche all'amichevole, *per nuncium, vel per epistolam*, l. ult. ff. *de cessione bonorum*.

L'equità del dritto canonico contribuì a migliorare la condizione dell'umanità ed a perfezionare le legislazioni: t. 1, *Introduz.*, p. VIII e IX. Il divieto della legge *Giulia* di far carcerare i debitori impotenti a pagare fu confermato dal Sommo Pontefice Gregorio III (*decr. cap. e, de pignoribus*), mentre in tempi poco felici l'avidità di taluni creditori crudeli era giunta sinanche a tenere sequestrati i cadaveri de' debitori, e negare loro gli onori della sepoltura: la quale condotta fu riprovata da S. Ambrogio, *de Tobia* c. 10, quando bella-

mento scrisse : *a faeneratoribus teneri defunctos pignore, et aegari tumulum, dum foenus exponitur. Carnificibus duriores, quoniam quem vos tenetis, carcer non suscipit, exactor absolvit: peccatorum reos post mortem e carcere mittit, vos clauditis; legum severitate defunctus absolvitur, a vobis tenetur.*

II. *Forme ignominiose ed effetti della cessione de'beni, secondo il dritto consuetudinario di Europa.* — L'autorità del dritto romano che stabilì in principio di non essere ignominiosa la cessione de'beni, non prevalse in Europa (Cujac. sulla novella 136; Gotof, sulla l. 11, C. *ex quib. causis irr. infamia*), e si in Italia che ne'paesi oltramontani i legislatori vollero che la cessione de'beni fosse accompagnata da tali strepiti giudiziari, da attaccare una specie d'ignominia all'otto miserabile della cessione de'beni. Le ordinanze di Francia del 1490 art. 34, e del 1510, art. 70 stabilirono, che *il debitore in persona ed avanti al giudice tenendosi tribunale discenda e con la testa nuda ;* e di questo rito ne rende ragione Fornerio, lib. 2, *select.* cap. 27. In Olanda e nel Belgio dovea anche la cessione de'beni dedursi giudiziariamente, ed era accompagnata da tali solennità che rendeva ignominiosa la condizione del debitore, come può vedersi in Voet, nel tit. *de his qui notantur infamia*, n. 3, e nel tit. *de cessione bonorum*, n. 6 e 10. In Ispagna le forme della cessione eran pure ignominiose, poichè il debitore pubblicamente esposto *culo percutiebat supra lapidem*; ed indi una Prammatica obbligava i debitori ammessi alla cessione de'beni ad asportare nel collo una manica di ferro, Suarez, lib. 2, in lib. 2, in tit. *de los goviernos*, o Covarruv. lib. 2, *variar.* c. 1; Cancerio, *variar.* part. 2, c. 9, num. 23. Riferisce Heraldus *de auctoritate rei judic.*, cap. 25, che in molte altre nazioni prevalse l'uso che il debitore era obbligato di mostrarsi su di una colonna. Quest'ultimo uso fu adottato nel nostro regno con prammatica del dì 17 aprile 1546, ch'è la terza sotto il titolo *de cessione bonorum.* Volle questa prammatica che si origesse innanzi al palazzo de'tribunali una colonna di pietra (tuttavia esistente), ed ordinò che quel debitore che voleva far cessione de'beni dovesse citare i suoi creditori in giorno giuridico, pubblicamente presentarsi innanzi al palazzo anzidetto, e facendosi salire su detta colonna, dovea ad alta voce dire, che *cede i suoi beni a' suoi creditori.* E siccome la cessione de'beni così eseguita liberava il debitore dalle obbligazioni verso i creditori, con la prammatica IV *de cessione bonorum* de'23 marzo 1585 (che rimase per altro ineseguita) si soggiunse, che gli ammessi alla cessione de'beni dovessero portare le loro berette o i cappelli di color turchino, con bambacini intorno apparenti durante la loro vita, o que'segni doveano porsi in croce sopra i cappelli, perchè si rendessero noti a tutti; e quando contravvenissero, per la prima volta doveano soggiacere alla pena della galera per cinque anni, e per la seconda alla galera in vita.

Da questa progressione istorica della cessione dei beni si raccoglie, che secondo i diversi statuti di Europa dovea farsi con solennità giudiziaria, o conseguentemente era riputata ignominiosa. Era una conseguenza di questo principio, che il debitore ammesso alla cessione de'beni era liberato verso i suoi creditori, così che acquistando posteriormente de'beni, non potova essere molestato da'creditori medesimi; mentre l'ignominia essendo una pena corporale, succedeva in luogo de'debiti pecuniari, Guido Papa, quaest. 343; Groenewegen, *tractatus de legibus abrogatis*, sulla l. 6, ff. *de cessione bonorum ;* Voet, su d. tit., n. 6 e 10; Cancerio, *variar. resolut.*, 2, cap. 9, n. 23; Menochio, *de arbitr.*, casu 183, n. 23; Ursil. ad Afflict., *dec.* 379, n. 5; Sagalda, *labyrinthus creditorum*, parte 3, cap. 16, n. 68; Grimaldi, *storia delle leggi e de'magistrati*, t. 5, lib. 21, n. 130; Novaria, sulla pramm. 3 *de cess. bon.*, n. 4.

III. *Antica dilazione moratoria.*—Oltre il beneficio della cessione de'beni, le leggi romane dettero al debitore quello della dilazione di cinque anni; e nel nostro antico foro questa dilazione quinquennale prese il nome di dilazione *moratoria.* Secondo la l. ult., C. *qui bonis cedere poss.* la dilazione quinquennale che si accordava al debitore dal giudice con cognizione di causa, dipendeva anche dal consenso de'creditori, i quali aveano la scelta o di obbligare il debitore alla cessione de'beni, o di accordargli la dilazione quinquennale, e questa scelta era regolata colla pluralità tra i creditori, non avendo riguardo al numero di essi, ma alla forza de'loro crediti; di modo che un solo il cui credito fosse stato maggiore di quello di tutti gli altri insieme, era il padrone di fare la scelta. Il debitore poi era obbligato di dare malleveria per avere una dilazione, l. 4, C. *de precibus imp. off.*

Nell'ammettere le nostre patrie leggi questa dilazione quinquennale, come risulta dalla prammatica 7, § 2, in fine *de commissar. et executor.*, aggiunsero, che durante il litigio tra i creditori circa la dilazione moratoria, non si poteva spedire verun salvocondotto al debitore; nè poteva essere contro di lui sospesa l'esecuzione delle pubbliche scritture: *prammatiche* 2 e 8 § 5 *de instrum. liquid.* — Ed i creditori che potevano acconsentire alla di-

mandata dilazione, dovevano documentare i loro i crediti con pubblicho scritture, o pure con lettere esecutorioli stipulate o spedite un anno prima della domanda della dilazione: e ciò per impedire le frodi. Prammatica 18, § 5, n. 12, *de ordine et forma judic.*, prammat. 2, *de cess. bonorum.*

IV. *Antica deduzione volontaria del patrimonio.* — Finalmente è a sapersi che nell' antico foro avevano anche la *deduzione volontaria del proprio patrimonio* in giudizio, la quale era ben diversa dalla cessione de'beni. Questa poteva farsi quando il debitore era stato di già condannato a pagare, l. 1, C. *qui bon. ced. poss.*, ed inoltre producendo una specie d'infamia, perciò liberava per l'avvenire il debitore verso i creditori. Non così era della deduzione volontaria del patrimonio che soleva domandarsi, quando taluno vedendosi gravato di debiti in modo che i suoi beni non bastavano a soddisfare i suoi creditori, per evitare le condanne o la carcerazione che n'era la conseguenza, spontaneamente deduceva il suo patrimonio innanzi al giudice, per mezzo di una istanza, nella quale nominava tutt'i suoi creditori, l'ammontare del rispettivo credito, non che descriveva i beni che offriva in soddisfazione. Effetto di questa deduzione era di accordare un salvocondotto al debitore, onde non fosse molestato da'suoi creditori; ma siccome queste istanze potevano essere fraudolenti, la prammatica del 1838, § 3, n. 11, vietò di spedirsi il salvocondotto, se prima non eransi sottoposti ad un sequestro generale i beni del debitore, con la destinazione del Curatore, ed intesi tutt'i creditori. Per ciò che riguarda questo procedimento, vedi de Rosa *prax. civ.* cap. 1, n. 10, 11, 12, 14, e 18.

V. *Principi che regolano la legislazione moderna sulla cessione de'beni.* — Dal fin qui detto si raccoglie, che tre beneficii sotto l'impero della antica giurisprudenza godeva il debitore impotente a pagare i suoi debiti; quello cioè della *cessione de' beni*, la *dilazione moratoria*, la *volontaria deduzione del patrimonio* in giudizio.

La nuova legislazione non riconosce la dilazione moratoria, che una funesta esperienza avea dimostrato arbitraria con grave danno del pubblico credito. Ma nell' ammettere il beneficio della cessione de' beni, non à inteso il legislatore di adottare le massime della vecchia giurisprudenza che, per consuetudine dottata in Europa, volle la cessione da ignominiose forme accompagnata, e ignominiosa rendette la condizione del debitore. Non si conveniva alla purità della nuova legislazione adottare un principio che, mentre colpiva alla cieca e la sventura e la mala fede, rendeva ad un tempo inabili i creditori ad addentare i beni posteriormente alla cessione acquistati da uno sfrontato debitore. Si è voluto quindi far ritorno alla cessione de' beni secondo i principî della legge Giulia, e può dirsi che ora la cessione de'beni è una volontario deduzione del patrimonio che fa il debitore sventurato e di buona fede. Quindi sono scomparse dal nostro codice le forme ignominiose della cessione dei beni, come ne fan fede gli art. 975 e seg. della *proc. civ.* Che se gli art. 980 e 981 della proc. medesimo richieggono o la comparsa personale al tribunale di commercio e la inscrizione ad una tabella del debitore ammesso alla cessione giudiziaria de' beni, sia semplice particolare, sia commerciante, queste formalità particolari altro non ànno per oggetto, nel render pubbliche le cessioni, che d'impedire che altri si presti con la stessa fiducia a contrattare con coloro che sono giudiziariamente ricorsi a questo mezzo, siccome osservò il sig. Berlier nella esposizione de'motivi del titolo *della cessione de'beni* del codice di procedura civile, in Locrè, t. 9, p. 349, n. 28 e 29.

VI. *Del fallimento e della decozione, come nozioni preliminari alla cessione de' beni* — Non è fuori di proposito, prima di discendere alla disamina dello definizione della cessione de' beni, premettere talune idee sulla *decozione* e sul *fallimento*, che danno causa alla cessione de'beni.

Un debitore che non paga i suoi creditori può essere un commerciante, o pure un semplice particolare. La cessazione de' pagamenti di un commerciante chiamasi *fallimento*, art. 429 *leg. di eccez.*; e se può imputarglisi dolo o colpa, si dà al suo fallimento il nome di *bancarotta*, art. 430 e 431 *leg. di eccez.* La semplice sospensione de' pagamenti basta adunque per costituire il commerciante in istato di fallimento, ancorchè non fosse realmente insolvibile; così che, quantunque il suo attivo fosse dieci volte superiore al passivo, e l'impossibilità di pagare derivasse da un imbarazzo momentaneo, il commerciante non cessa di essere nello stato di fallimento. Al contrario, il commerciale ch'è puntuale ne' suoi pagamenti, che si mantiene nel credito col suo onore e con l'attività nel giro degli affari, non è nello stato di fallimento, ancorchè constasse che il passivo fosse superiore dieci volte dell'attivo.

Queste considerazioni dettate dall' interesse del commercio non si applicano a'particolari, che non adempiono alle loro obbligazioni. Se il commerciante è costituito in fallimento, non pagando alla scadenza, non può dirsi però *decotto* il semplice particolare che avendo

1219. La cessione de' beni è *volontaria*, o *giudiziaria* (1). V. l'art. 560 *l. di eccez.*

1220. La cessione de' beni volontaria è quella che i creditori accettano volontariamente, e che non ha altro effetto, fuorchè quello che risulta delle stipulazioni medesime del centratto fatto tra essi ed il debitore (2). V. l'art. 561 *l. di eccez.*

---

fatto profferire condanne centro di sè, manca di pagare; perciocchè i suoi creditori possono far pignorare i suoi mobili, espropriare gli stabili, ed anche procedere all' arresto cui si trovasse condannato il debitore. Allora solo vi è stato di decozione, quando la discussione di tutt' i beni non produce la liberazione di tutt' i debiti. La *decozione* adunque è la posizione del non commerciante che per un accumulamento di condanne o di precedimenti diretti contro di lui, trovasi fuori lo stato di pagare per non aver tanto di patrimonio, quanto à di debiti. La decozione cui è caduto il debitore non lo spoglia alcerto dell' amministrazione del suo patrimonio, nè ammette alcuna presunzione legale di nullità di vendite o di prestiti; le regole all'uopo stabilite dagli art. 429 e seg. *leg. di eccez.* per i falliti, non sono applicabili agli affari civili. Ma non cessa di esser vero che la decozione non offre più alcuna garantia a' creditori, e perciò la decozione produce per sè stessa gli effetti di togliere al debitore la facoltà di reclamare il beneficio del termine, art. 1141 e nota 1, pag. 292; dà a coloro ch'erano socii col debitore decotto di provocare lo scioglimento della società, art. 1787; priva il compratore del dritto di domandare la tradizione di ciò che gli è stato venduto, se non dà cauzione, art. 1459; rende esigibili i crediti della moglie in comunione, art. 1410; dà al fideiussore del debitore il dritto di agire contro di lui prima di aver pagato, art. 1904; rende esigibile il capitale di una rendita costituita, art. 1785; il creditore che à accettato una delegazione sopra una persona in istato di decozione, a che in seguito libera il delegante ignorando la decozione del delegato, può sperimentare il suo regresso contro il primo; non ostante la liberazione, cui à acconsentito, art. 1230.

Come una conseguenza adunque della decozione del debitore, la cessione de' beni diventa un modo di liberazione, e sotto questo rapporto bene a ragione il codice tratta la materia della cessione de' beni sotto la sezione del *pagamento*. Questo rimedio è stabilito non solo in favore de' particolari, che de' commercianti; art. 1118 ll. cc., e 560 *leg. di eccezioni*.

VII. *Definizione della cessione de' beni.* — Le nozioni generali sulla cessione de' beni, e la progressione istorica che ne abbiam discorso ci fan comprendere chiaramente la definizione che l'art. 1218 dà della cessione de' beni: è l'*abbandono* che fa un debitore insolvibile di tutt'i suoi beni a' suoi creditori. Questo abbandono non rende i creditori proprietari de' beni abbandonati; esso non conferisce loro che il dritto di percepirne le rendite, e di farli vendere, art. 1228 ll. cc., 981 p. c., e 568 *l. di eccez.* Quindi la cessione de' beni non estingue le obbligazioni, e l'art. 1224 diffinisce gli effetti della cessione de' beni. Per la qual cosa non bisogna perder di vista che la cessione de' beni nulla à di comune con la cessione *in solutum*, di cui abbiamo parlato nella pag. 338, nè con la cessione delle azioni di cui è parola nella nota 2, pag. 845.

(1) Abbiamo veduto nella nota precedente, pag. 374, che la origine della cessione volontaria e giudiziaria è nel dritto romano, l. ult. ff. *de cessione bonorum*; ed abbiamo altresì presentate le ragioni (p. 375) per le quali l' antica giurisprudenza non riconobbe la cessione volontaria.

Il codice moderno ritornando alla purità del dritto romano ammette non solo la cessione giudiziaria detta anche *forzata*, ma anche la volontaria; e l'art. 560 *l. di eccez.* riconosce la cessione volontaria e la forzata pure negli affari di commercio.

Gli effetti della cessione volontaria sono stabiliti nell'art. seguente; e que' della cessione forzata nell'art. 1224.

Le formalità stabilite dalle leggi di *proc. civile*, e specialmente quella degli art. 978 e 980 non sono applicabili alla cessione volontaria. « Siccome la cessione volontaria è nella » classe dei contratti, qualunque idea di procedura non può adattarsi se non se alla *ces-* » *sione giudiziaria*, vale a dire, al dritto che l'antica legislazione accordava, e che il co- » dice civile à conservato al debitore infelice, e sotto pena dell'arresto personale, di redi- » mersi non dal proprio debito, ma dalla prigionia, cedendo i propri beni a' suoi creditori ». Così si espresse il sig. Berlier nella esposizione de' motivi del codice di proc. civ. tit. della *cessione de' beni*, in Locré, t. 9, p. 348, n. 25.

(2) I. *Condizioni della cessione volontaria*— Essendo la cessione volontaria un contratto, non produce effetto che tra le parti contraenti, cioè tra il debitore ed i creditori che anno stabilito l' accordo, art. 1128, e nota a, pag. 267. Le disposizioni degli art. 511 e seg. dello *l. di eccez.* che dichiara obbligatorio per la minoranza (vedine la ragione nella no-

V. gli art. 975 e 2. p. c., e 562 *l. di eccez.*

1221. La cessione giudiziaria è un beneficio che la legge accorda al debitore sventurato e di buona fede, cui per conservare la libertà della persona è permesso di abbandonare giudizialmente tutti i suoi beni a' suoi creditori, non ostante qualunque stipulazione in contrario (1).

---

ta a, p. 267) il contratto di accordo formato dalla maggioranza, non si applica alla cessione civile, Iaubert nel rapporto al Tribunato, in Locré, t. 6, p. 212, n. 33; Pardessus, *droit commerc.*, n. 1325; Toullier, t. 7, n. 252, 253 e 254; Duranton, t. XII, n. 243.

Il progetto di cessione volontaria tra il debitore ed i creditori, se non viene accettato da tutti, può, secondo le circostanze, esser ritrattato dagli altri: vedi la nota 2, pag. 225.

II. *Effetti della cessione volontaria.* — Per sua natura la cessione de'beni non trasferisce la proprietà de'beni ceduti a'creditori, ma il dritto di farli vendere, l. 3, ff. *de cessione bonorum*; come pure non disobliga il debitore, che sino alla quantità de' beni abbandonati, l. 1, C. *qui bon. ced. poss.* Quindi se il contratto decide semplicemente, che i creditori per evitare dispendi giudiziari ànno acconsentito che il debitore abbandonasse loro i beni, è chiaro che questo abbandono non dissobbliga pel dippiù il debitore, non libera i fidejussori, l. 60, ff. *de fidejus.*, non trasferisce la proprietà de'beni abbandonati, ma il dritto di farli vendere per la distribuzione del prezzo; può il debitore ripigliare i beni abbandonati, pagando a'creditori la sorte, gl'interessi e le spese; Toullier, t. 7, n. 239 a 245; Pardessus, *droit commerc.*, n. 1326. — Ma se il contratto decide che i creditori diventano proprietari de' beni, che con questa cessione di beni rimane liberato il debitore, il contratto deve aver forza di legge tra i contraenti, o per lo effetto i beni posteriormente acquistati dal debitore non saranno obbligati al pagamento de' detti debiti, i fidejussori rimangono liberati, art. 1241. Rapporto di Jaubert al Tribunato, in Locré, t. 6, pag. 212, n. 33; Duranton, t. XII, n. 246, 248, 249; Pardessus, *droit comm.*, n. 1326.

(1) Allorchè il debitore non ottiene dal consenso di tutt' i suoi creditori la cessione dei beni, non gli resta altra risorsa che d' invocare la cessione giudiziaria (*vedine la storia nella nota 3, p. 373 e seg.*), che le leggi romane chiamavano *flebile auxilium, miserabile beneficium*, l. 7 e 8, C. *qui bon. ced. poss.* È in realtà un beneficio che la legge accorda al debitore, per conservare la libertà della sua persona, al quale beneficio non si può rinunciare, dice l'art. in esame, per la ragione che dopo la rinuncia non cessa il motivo per cui il debitore sventurato dov'essere ammesso al reclamato beneficio; e d'altronde non si può rinunciare alla libertà personale ch' è una conseguenza della cessione de'beni: questa teorica era controvertita nell' antico foro, ma prevalse, ancorchè la rinuncia fosse stata accompagnata da giuramento, presso gli scrittori eruditi, come può vedersi in Perezio sul tit. del C. *qui bon. ced. poss.*, n. 20 e 21, ed in Voet, tit. *de bon. cessione*, n. 3; non che nel regno, come attestano Rovito sulla prammatica 3, *de cess. bon.* n. 5, e Novario su d. pramm., n. 16.

Tre condizioni però si richieggono, perchè il debitore sia ammesso a questo beneficio:

1.° Che il debitore sia *sventurato* e di *buona fede*. La legge non poteva accordare la sua protezione a colui che deve imputare a sè stesso la causa delle sue sventure. Quindi, mentre per regola stabilita negli art. 1070 e 2174, la buona fede è presunta, pure qui spetta al debitore di provare la sua sventura e la sua buona fede, poichè a lui incumbeva l'adempimento delle sue obbligazioni, art. 569 *l. di eccez.*; e perciò l'art. 975 p. c. obbliga il debitore ad esibire il bilancio, affin di conoscere la posizione de' suoi affari, le speculazioni ec. Laonde per essere ammesso alla cessione de'beni non basta il provare di non esser compreso nella classe di coloro che per l'art. 1222 sono esclusi da questo beneficio, poichè gl'individui ivi contemplati sono *esclusi* per disposiziona di legge, nè possono essere ammessi a fare pruova in contrario; ma si richiede altresì la pruova della buona fede e della sventura. Berriat, *proc. civ.* part. 3, lib. 1, tit. 12, nota 13; Pardessus, *droit commerc.*, n. 1328; Duranton, t. XII, n. 260. Vedi la pag. 380, n. II.

2.° La seconda condizione, perchè il debitore sia ammesso alla cessione de'beni, si è, che le sue obbligazioni importino arresto personale. La sola decozione (p. 376, n. VII,) non basterebbe per fare ammettere il debitore a questo beneficio, il quale è stato introdotto unicamente per liberare la persona del debitore dall'arresto pesonale, l. 1, C. *qui bon. ced poss.*, art. 1221 e 1224. Quindi nelle materie commerciali che importano *ipso jure* l'arresto personale, il fallito à il dritto di domandare la cessione de'beni, art. 562, *l. di eccez.*; ma nelle materie civili, non si à dritto a domandarla, che quando i debiti sono accompagnati dalla coazione personale. « Sarebbe ingiusto, disse Jaubert nel rapporto al Tribunato, contrario alla fede » delle convenzioni, al ligame de' contratti, che un debitore non soggetto alla coazione » personale, possa venire ad arrestare le procedure ed imporre silenzio a tutt' i suoi cre» ditori, per obbligarli loro malgrado alle fiamme divoratrici di una direzione. È dunque

1222. Non potranno essere ammessi al beneficio della cessione gli stranieri, gli stellionarj, i falliti fraudolentemente, le persone condannate per causa di furto o di scroccheria, nè le persone contabili, i tutori, gli amministratori e i depositarj (1).

V. gli art. 981 p. e 569 *l. di eccez.*

» il debitore sventurato, di buona fede, *carcerabile*, e non escluso per la natura de' suoi » debiti, che possa essere ammesso al beneficio della cessione de' beni », Locré, t. 6, p. 213, n. 34.

Conseguo da questo principio, che le donne che non esercitano mercatura pubblica od i minori non commercianti non possono essere ammessi al beneficio della cessione de' beni, poichè contro di essi non può, per gli art. 1936 ll. cc. e 712, *l. di eccez.*, pronunziarsi l'arresto personale. Ciò è conforme alla novella 134, cap. 9.

3.° Che la cessione deve comprendere l'abbandono di *tutt'* i beni del debitore a tutt' i creditori, l. 4, C. *qui bon. ced. poss.* Si conviene dagli autori che il debitore può riserbarsi gli oggetti dichiarati insequestrabili, dei quali abbiamo parlato ne' num. 1, 2, 3 e 4 della nota 3 pag. 332. Delviocourt, lib. 3, tit. 5, nota 271; Toullier, t. 7, n. 256; Duranton, t. XII, n. 258.

Ma potrebbe il debitore ottenere una somma a titolo di alimenti? L'art. 522 *l. di eccez.* permette di accordarsi al fallito: sembra questa disposizione applicabile per umanità in materia civile, e ciò coerentemente all'antica giurisprudenza. Peresio, C. tit. *qui bon. ced. poss.*, n. 27; Novario, sulla prammatica 3 *de cessione bonorum*, n. 17; Rolland, v. *cessione de' beni*, n. 113, 114 e 115; Duranton, t. XII, n. 259; — *Contra*, Toullier, t. 7, n. 257.

(1) Sonovi diversi casi ne' quali un debitore non può essere ammesso al beneficio della cessione de' beni. È cosa utilissima esporre primieramente le variazioni che offriva su di ciò l'antica giurisprudenza.

I. *Cause personali d' inammessibilità alla cessione de' beni, sotto l' impero dell' antica giurisprudenza.* — Non erano ammessi al beneficio della cessione de' beni:

1.° Gli stranieri appartenenti a quelle nazioni presso le quali a' nazionali veniva negato questo beneficio. Groenewegen, *de legibus abrogatis*, sulla l. 4, C. *de qui bon. ced. poss.*; Voet, tit. *de cessione bonorum*, n. 2.

2.° I debitori del fisco non erano ammessi al beneficio della cessione de' beni, poichè l'interesse pubblico vi si trovava impegnato. Rovito sulla prammatica 3 *de cessione bonorum*, n. 4, e *decis. 86*.

3.° I debitori per affitto di gabella della città di Napoli, per privilegio concesso a questa città, erano esclusi dalla cessione de' beni; come anche i debitori di tutte le gabelle del regno. Amato, *cons. 50*; Surdo, *dec.* 305, n. 23; Altimaro *sulla dec. 86 di Rovito, n 10*.

4.° Il beneficio di cessione non avea luogo rapporto a' crediti che nascevano dal delitto o dal dolo del debitore: perciò non vi erano ammessi i condannati al pagamento de' danni-interessi causati da un delitto, i bancarottieri dolosi, nè gli stellionatari, nè coloro che involavano i loro effetti per ingannare i loro creditori: de Franchis, *dec 358 e 507*; Novario sulla prammatica 3 *de cessione bonorum*, n. 12; Perezio, C. *de cessione bon.*, n. 9; Rovito, ibid. n. 3; Voet, *de ces. bon.*, n. 5.

5.° I banditi ed i deportati non erano ammessi alla cessione de' beni, l. 2, ff. *de sent. passis et restitutis*; Rom. *Singul.* 222.

6.° Non si ammettevano a questo beneficio coloro che, avendo ricevuto del danaro in deposito, o avendolo riscosso dalle mani di un terzo in virtù di un mandato, non volevano esibirlo, nè darne conto: de Franchis, *dec. 151*.

7.° I tutori non erano ammessi al beneficio della cessione per le reste de' loro conti, poichè queste reste erano nella classe de' debiti necessari: per altro questo punto era controvertito: Voet, tit. *de cess. bon.*, n. 5.

8.° Colui che era stato ammesso dal Principe alla dilazione moratoria (p. 375, n. III) non poteva essere ammesso alla cessione de' beni: Afflitto, *decis 378*; de Franchis, *dec. 251* cum Amendola; Rovito, sulla pramm. 3 *de cessione bonorum*, n. 10.

9.° Si negava il beneficio della cessione de' beni a' debitori per pigione di casa, per vendita di commestibili e di animali pel vitto: Surdo, *decis.*, 323, n. 6 e seg.

10. Era negata la cessione de' beni per que' debiti che non erano contratti almeno un anno prima di farsi la stessa cessione, perchè una funesta esperienza avea dimostrato che molti contraevano debiti *cum animo defraudanti*, ed immediatamente presentavano memoriali di cessione di beni: pramm. 2 *de cessione bonorum*.

11. Il debitore che senza giusta ragione negava il debito, era escluso dal beneficio della cessione de' beni: Afflitto, *dec.* 291; Bruno, *de cessione bonorum, quaest.* 2; Perezio. C. *qui bon. ced. poss.*, n. 8.

12. Per grazia accordata a' cittadini Napoletani dal Re Ferdinando I di Aragona, non

V. gli art. 981 p. c., e 568 *l. di eccez.*

1223. La cessione giudiziaria non conferisce la proprietà a'creditori, ma dà

---

erano ammessi alla cessione de'beni i loro debitori per causa di pigione o di censi loro affittati a censiti, dentro e fuori il distretto di Napoli: pramm. l. *de cess. bonorum.* E quantunque a' termini di questa prammatica, il privilegio riguardasse i cittadini napolitani, pure si estese a'casali, poichè sotto la denominazione di *città* si comprendevano i *casali:* de Franchis, *dec.* 129.

Lo stesso privilegio però divenne comune per la prammatica 2 *de instrum. liquid.*, giusta le osservazioni di Rovito sulla pram. 1 *de cess. bonorum.*

II. *Cause d'inammessibilità alla cessione de'beni, secondo il codice in vigore.*—Si scorge dal fin qui detto, quali furono i particolari della nostr' antica giurisprudenza su i casi d'inammessibilità al beneficio della cessione de'beni. Variazioni imbarazzanti soffriva pure l'antica giurisprudenza francese, così che nella compilazione del codice si sentiva la necessità di stabilire in modo preciso le eccezioni al principio di domandare la cessione giudiziaria dei beni. Si omise nel codice civile di determinare queste eccezioni, ma tale omissione fu supplita con l'art. 905 del codice di procedura civile, che, uniforme all'art. 982 delle nostre leg. di procedura civile, si è volute anche qui ripetere. « Tante diversità dall'antica giurisprudenza, disse l'oratore del governo, vanno finalmente a cessare; » la legge soltanto stabilirà le eccezioni, restringendole ne'confini indicati da'bisogni della » società.

» Così, gli stranieri non saranno ammessi al beneficio della cessione; poichè la detenzione della di loro persone è la principale e talvolta l'unica sicurezza de' di loro creditori.

» Vi sarà parimente esclusione per gli stellionatari, i bancarottieri fraudolenti, e le » persone condannate per furto o scroccheria. Tali debitori sono evidentemente indegni » del beneficio della legge.

» Questo beneficio non sarà accordato nemmeno a'contabili, a'tutori, agli amministra- » tori, e depositari: così esige la natura del debito, ed il favore dovuto sia al tesoro pubbli- » co, sia a qualsivoglia altra persona la cui fiducia sia stata tradita.

» Tali sono le eccezioni che il nuovo codice ammette: applicate a essi precisi e giusti » in se stessi, non possono essere che applaudite ». Locré, t. 9, p 349, n. 30.

E con questo spirito, che fu composto l'art. 905 proc. civ. francese, uniforme agli art. 1223 delle *leggi civili*, 892 *ll. di p. c.*, e 569 *ll. di eccez.*

In conseguenza, tranne i casi di eccezione in questi art. indicati, la cessione de' beni non può essere, dice l'art. 1224 ricusata, purchè colui che la domanda provi la sua buona fede o la sventura, giusta l'art. 1221 ll. cc. e 569 *leg. di eccez.* Laonde, non si possono estendere le cause di esclusione stabilite dall'art. 1222, poichè desse sono limitative; ma il debitore deve, benchè non compreso tra le persone da detto art. escluso, provare la buona fede (nota 1, pag. 378) ed i creditori sono abilitati ad opporla. Pigeau, t. 2, p. 459; Toullier, t. 7, n. 262; Carrè, *proc. civ.* quest. 3056; Duranton, t. XII, n. 270.

III. *Applicazione delle eccezioni stabilite dall' art.* 1222.

1.° Non sono ammessi *gli stranieri* al beneficio della cessione de'beni, poichè la detenzione delle di loro persone è la principale e talvolta l'unica sicurezza de'di loro creditori. Ma non può negarsi questo beneficio allo *straniero* godente nel regno de' dritti civili a norma dell'art. 9, e lo stesso deve dirsi (per arg. degli art. 17, 18 e 1934, n.° 12) dello straniero che à beni o une stabilimento di commercio nel regno. Pigeau, t. 2, p. 359; Pardessus, *droit comm.*, n. 1328; Carrè, *proc. civ.*, *quest.*, 3057; Duranton, t. XII, n. 270; Toullier, t. 7, n. 263; Barriat, p. 3, l. 1, tit. XII, nota 2.

2.° Gli *stellionatari* sono anch' esclusi dal beneficio della cessione de' beni, poichè lo stellionato suppone il dolo, art. 1934, n.° 1.

3.° I *falliti fraudolentemente* sono anche esclusi dalla cessione: gli artic. 587, 588 e 589 delle *l. di eccez.* stabiliscono i casi di bancarotta *dolosa.* Riguardo al fallito colpevole di bancarotta *semplice*, giusta gli art. 580 a 581 *l. di eccez.*, non è di dritto privato del favore della cessione de'beni, mentre costui può essere solamente imprudente e non di mala fede; e perciò l' antica nostra giurisprudenza (come attesta Novario sulla pramm. 3 *de cessione bonorum*, n. 18) non negava la cessione de' beni al debitore che per colpa era divenuto povero. Spetta dunque al tribunale di valutare i fatti su quali la condanna contro il debitore è stata fondata. Speculazioni azzardose possono in effetti dar luogo a dichiarare un debitore in bancarotta semplice, ed intanto non escludere la sua buona fede. Pardessus, *droit comm.*, n. 1328.

4.° I *condannati* per *furto* o per *scroccheria* sono eziandio esclusi dalla cessione. Qui la voce *scroccheria* è presa nel senso di *frode*, che si commette in uno de'modi preveduti dall'art. 430 delle *leg. pen.*

loro soltanto il diritto di far vendere i beni a loro profitto, e raccoglierne i

---

Nè abbiasi a credere che i condannati alle restituzioni od a' danni-interessi in conseguenza di un reato, diverso dal *furto* e dalla *frode*, non sian compresi nelle eccezioni di cui parla l'art. 1222, solo perchè in questo art. non si vede pronunziata l'esclusione, che per i condannati per *furto* o per *scroccheria*. Imperciocchè ogni reato suppone in generale il dolo, e come potrebbe il colpevole condannato provare la buona fede richiesta dall'art. 1221 per esser ammesso alla cessione de' beni? Sonovi però de' casi in cui uno può essere condannato non per un fatto essenzialmente doloso, ma per fatti involontari o semplicemente colposi, come negli omicidi involontari, ed altri reati preveduti dall' articolo 375 ll. pp. Conseguentemente l' articolo 1222 à con ragione esclusi *ipso iure* i condannati per furto o frode, poichè questi reati sono essenzialmente dolosi; ma per i condannati per altri reati la legge non à potuto in generale pronunziare di pieno dritto la esclusione dal beneficio della cessione de' beni, poichè spetta al magistrato di esaminare se il fatto che à dato luogo alla condanna contiene gli elementi della sventura, o è tutto imputabile alla turpitudine del condannato. Suppongasi che uno è stato condannato a pagare 4000 ducati d' indennità ad una donzella stuprata, condanna che importa la coazione personale, articolo 49 *leg. pen.* Non potrà al certo, per liberarsi dall' arresto personale, dedurre la cessione dei beni il colpevole, perciocchè ne' delitti *qui in aere non habet*, *luit in corpore*, l. ult. ff. *de in ius vocando* e l. 1, § ult. ff. *de poenis*, e questo principio non è un punto semplicemente dottrinale, ma è stato conservato nel nuovo codice penale: in fatti, il condannato ad un' ammenda, ch'è nella assoluta impossibilità di pagare *in aere*, *luit in corpore*, giusta il decreto del 20 giugno 1827; lo stesso è sanzionato col decreto del 23 dicembre 1822 per le ammende pronunziate pe' contrabbandi. Se dunque i debitori inabili a pagare l' ammenda soffrono la prigionia in escomputo della medesima, come poi potrebbero essere ammessi alla cessione de' beni i colpevoli condannati al risarcimento de' danni ed interessi a favore della parte danneggiata? In una parola, a que' fatti criminosi cui è inerente il dolo, la esclusione dalla cessione de' beni è una conseguenza del complesso degli articoli 1221 e 1222, e così gli scrittori eruditi e pratici dell' antico foro pensavano, come abbiamo riferito nel n. 4 di questa nota, p. 379. Ma se il fatto per cui uno è stato condannato dimostra che il reo vi è stato trascinato dagli avvenimenti, o pure da imprudenza è stato il reato commesso, allora il giudice dovrà esaminare se sia il caso di applicare l'art. 1221. Laonde un condannato a' danni-interessi per un omicidio scusabile a' termini de' n. 1 dell' art. 377 *l. pen.* merita di essere ammesso alla cessione de' beni, poichè l'omicidio provocato da misfatto si approssima alla legittima difesa, ed il condannato non ebbe la volontà prava di delinquere. Lo stesso dicasi di un condannato per un omicidio involontario; ed abbiam' osservato nel num. 8 che in simil guisa debbe decidersi, secondo le circostanze, del bancarottiere semplice.

5.° Le persone *contabili*, o come spiega l'art. 982 p. c., *le persone in vigore di ufizio obbligate a render conto*, sono escluse dal beneficio della cessione de' beni. Questi contabili di danaro regio de' comuni o di pubblici stabilimenti sono obbligati con l' arresto personale al pagamento cui rimangon debitori, a norma de' decreti de' 16 marzo 1816, 2 dicembre 1823 e 24 dicembre 1827.

6.° I *tutori* son pure compresi nel divieto. Contro i tutori per residuo di conto l' arresto personale non è di dritto, ma è permesso al magistrato di pronunziarlo, art. 1935, n. 4. In conseguenza, la esclusione dal beneficio della cessione è pronunziata dalla legge, nel caso in cui il magistrato avesse acclarato il credito del minore contro il tutore, anche con l' arresto personale.

Ciò che si dice del tutore è applicabile anche agli *amministratori provvisori* che si danno alle persone contro le quali si è avanzata domanda d' interdizione: vedi nel t. 1, nota 2, pag. 121.

7.° Gli *amministratori* sono esclusi dalla cessione, e la legge comprende sotto la voce *amministratori* anche i *procuratori*, art. 569 *leg. di eccez.* Quindi gli amministratori volontari o giudiziari, gli agenti ed i sindaci di un fallimento, i mandatari son compresi nel divieto della legge. Per il che gli arbitri, i patrocinatori, i notai, i periti che sono stati condannati con l'arresto personale ad indennizzare le parti in conseguenza di un atto del loro ministero non sono ammessi al beneficio della cessione de' beni, per la ragione ch' essi sono mandatari delle parti.

8.° Da ultimo i *depositari* sono esclusi dal beneficio della cessione de' beni; ed è chiaro che la legge intende parlare tanto de' depositari giudiziari, che de' volontari, obbligati per ragion del deposito coll' arresto personale, art. 1934, n. 2 e 5.

IV. *Se le eccezioni d'inammessibilità alla cessione de' beni fondate sull'art. 1222 pos-*

frutti sino alla vendita (1).

V. gli art. 1221, ll. cc., e 562, l. di eccez.

1224. I creditori non possono ricusare la cessione giudiziaria se non ne' casi eccettuati dalla legge.

La suddetta cessione esime il debitore dall'arresto personale.

Per tutto il di più non libera il debitore se non per la concorrenza del valore de'beni ceduti: e nel caso che non sieno sufficienti, se egli ne acquista degli altri, è obbligato a cederli sino all'intero pagamento (2).

---

sano essere opposte da tutt' i creditori indistintamente. — Attesa la massima che niuno può eccepire il dritto del terzo, *nemo audiendus de jure tertii*, ne consegue che le eccezioni stabilite dall' art. 1222 non sono che relative alle persone verso le quali il debitore si sarà obbligato con degli atti che gli danno, relativamente ad esse, una delle qualità che l'articolo anzidetto annovera. Se quindi, il creditore, per esempio, per furto, per conto di tutele, non oppone la eccezione d' inammessibilità, gli altri creditori non possono prevalersene. Pardessus, *droit comm.*, n. 1329; Carré, quest. 3055; Perrin *des nullité*, p. 84. *Contra*, Duranton, t. XII, n. 270, il quale insegna che i motivi d'inammessibilità per causa di furto, di scrocca o di stellionato sono assolute, e possono opporsi da tutt' i creditori.

(1) Da questa disposizione (di cui vedine la ragione nella p. 377, n. VII, e nota 1, p. 378) consegue:

1.° Che se prima della vendita il debitore fosse nello stato di pagare tutt' i suoi creditori, o di opporre valevoli eccezioni contro i loro crediti, potrebbe ripigliare tutt' i suoi beni e ritrattare la cessione, l. 5, ff. *de bon. cessione*, e l. 3, C. *qui bon. ced. poss.*

2.° Se dal ritratto della vendita, il prezzo supera le somme dovute a' creditori, il rimanente va a beneficio del debitore: Voet, tit. *de cessione bonorum*, n. 9.

3.° Che con la cessione de' beni i creditori rimangono nel rispettivo rango, e sono pagati i privilegiati e gl'ipotecari secondo il rispettivo grado, ed i creditori chirografari per contributo: erano queste le massime dell'antico dritto, siccome è limpidamente provato da Perezio, C. *qui bon. cedere poss.*, n. 28, da Voet, tit. *de cessione bonorum*, n. 8, e tanto vien pure riferito da Novario, sulla pramm. 3 *de cessione bonorum*, n. 17. La medesima dottrina risulta dal complesso degli art. 1963 e 1964 ll. cc., e 981, 1066, 1067 *p. c.*

4.° Che le formalità per la vendita de'beni ceduti a'creditori sono stabilite dall'art. 985 p. c. Sarebbe cosa inutile far nominare un curatore coll' incarico di far vendere i beni e di riscuoterne le rendite, poichè avendo i creditori l'incarico di far eglino vendere i beni, se non vogliono agire in comune, debbono far nominare un mandatario che li rappresenti. Toullier, t. 7, n. 268; Carré, *proc. civ.* quest. 3052.

(2) I. Dopo tutto ciò che abbiamo detto nella nota 2, pag. 373 e seg. sulla progressione istorica della cessione de'beni, si comprende facilmente la ragione per cui il codice moderno allontanandosi dall'antica giurisprudenza, à voluto ritornare alla regola del dritto romano che, con le ll. 3, 4 e 7 C. *qui bon. ced. poss.* avevano dichiarato di essere i beni acquistati posteriormente alla cessione, obbligati a'creditori per ciò che tuttavia fosse loro dovuto. Ascoltiamo all'uopo il sig. Jaubert nel rapporto al Tribunato, motivando la disposizione dell' art. in esame, così:

« I beni che il debitore avrà acquistati dopo la cessione, non diverranno essi un pegno de' creditori?

« Altra volta si esitò su questa quistione, dietro quell'idea *afflictio non debet addi afflictio*.

« Senza dubbio l'umanità à i suoi dritti. Esiste fra gli uomini un ligame di benevolenza che l' infelicità non deve distruggere; ma la legge non potè arrestarsi su tale considerazione.

« Indipendentemente dalla più rigorosa giustizia che non permette che un debitore possegga de'beni a pregiudizio de'suoi creditori, conviene impedire, per quanto è possibile, le frodi che potrebbero risultare dalla cessione, ed il più delle volte sarebbe questo un provocarle nell'assicurare al debitore che avesse fatta cessione de'beni, il godimento di quelli che avesse posteriormente acquistati.

« In una parola, la cessione giudiziaria non libera assolutamente il debitore; ciò non può e non dev'essere che sino alla concorrenza de' beni abbandonati, o nel caso in cui fossero stati insufficienti. Se gliene provengono degli altri, è obbligato di abbandonarli sino al totale pagamento ». Locré, t. 6, p. 213, n. 37.

Consegue da ciò, che i fidaiussori del debitore non rimangono disobligati, l. 60, ff. *de fidejuss.*, e la cessione de'beni del debitore principale equivale ad una discussione preliminare. Perezio, C. *qui bon. ced. poss.*, n. 15; Voet, tit. *de cessione bon.* n. 11; Duranton, t. XII, n. 257.

II. *Del beneficio di competenza*—Il dritto romano avea stabilito, che il debitore ammes-

SEZIONE II.

Della novazione (1).

1225. La *novazione* si fa in tre maniere:

1.° quando il debitore contrae col suo creditore un nuovo debito, il quale è sostituito all'antico che rimane estinto;

---

so alla cessione de' beni poteva ritenere, da' beni acquistati posteriormente, una porzione sufficiente per alimentarsi secondo la sua condizione, l. 6 e 7, ff. *de cessione bonorum*. Questo favore era chiamato *beneficium competentiae*, ed era dettato da considerazioni di umanità: Vinnio, sul § 40 *de actionibus*.

Per l' antica giurisprudenza del regno, del *beneficium competentiae* non avea bisogno il debitore ammesso alla cessione de' beni, il quale con l' atto ignominioso della cessione restava liberato, siccome abbiam' osservato nella p. 375. Ma osserva giudiziosamente Voet, tit. *de cessione bonorum*, n. 8, che ne' paesi dove la cessione de' beni non liberava il debitore, non vi era ragione a negargli il *beneficium competentiae*.

Sembra che sotto l'impero del codice la teorica del dritto romano debbe rispettarsi, non potendo supporsi che il debitore industrioso che, posteriormente alla cessione, con l'acquisto di nuovi beni à fatto l'utile de'suoi creditori, non debba poi da'beni acquistati ritener tanto da potersi alimentare secondo la sua posizione. Ciò non pertanto Toullier, t. 7, n. 258 è di opinione contraria: « questo favore (*beneficium competentiae*), pieno di umanità, egli dice, e che poteva essere un efficace stimolo per eccitare l'industria delle persone cadute in decozione, non è stato concesso dal dritto francese: per la qual cosa i giudici non potrebbero concederlo senza eccedere i loro poteri, e senza esporsi alla censura ». Ma si può rispondere a questo ragionamento che *posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint*, l. 28, ff. *de legibus*, e se l'art. 1224 non contiene cosa di contrario all' antico *beneficium competentiae*, non si saprebbe di buona fede negarlo al debitore ammesso alla cessione de' beni. *La legislazione non dev' essere dura, ma bensì severa*, diceva l' oratore del Tribunato motivando l'articolo in esame che obbliga i beni acquistati posteriormente alla cessione, al pagamento de' crediti non rimasti soddisfatti; e fin qui la legge è ragionevolmente severa; ma sarebbe *dura*, se sopra questi beni il debitore non potesse ritener tanto da non perir di fame. Per quanto sieno generali le espressioni dell'art. 1224 che il debitore è obbligato a cedere i beni *sino all'intero pagamento*, non è presumibile che il legislatore abbia voluto che l' applicazione di questo art. traesse seco un' ingiustizia, ed è riconosciuto da' dotti, non escluso lo stesso Toullier nel t. 10, n. 338, che quando s'incontrano casi tali che l'applicazione della legge produrrebbe una ingiustizia o un assurdo, vi è a presumere ch' essi sono eccettuati per una volontà presunta del legislatore, e che formano tante eccezioni tacite; Grozio *de jure belli*, lib. 2, cap. 16, § 22 cum Einnecio. D'altronde se, come abbiamo osservato nella pag. 379 in princ., n. 3, il debitore può da' beni ceduti domandare ed ottenere qualche cosa per la sua sussistenza, non vediamo la ragione per cui da' beni posteriormente acquistati non debba godere almeno dello stesso favore, nel senso dell'art. 522, *l. di eccez.*

(1) 1. *Definizione della novazione volontaria.*—La sostituzione di una nuova all' antica obbligazione già estinta dicesi *novazione*, la quale è così chiamata, perchè dalla *nuova* obbligazione succeduta all' antica prende origine e vigore. *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem translatio atque transfusio: hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione*; l. 1, ff. *de novat. et delegationibus*.

Tre elementi adunque debbono concorrere perchè sievi novazione:

1.° Che sievi una nuova obbligazione legalmente contratta, e per dirsi *legalmente* contratta una nuova obbligazione, bisogna che contenga le condizioni richieste dall'art. 1062.

2.° Che l' antica obbligazione per effetto della nuova sia rimasta estinta, *ut prior perimatur*; perciocchè non può dirsi che alla prima obbligazione siesi sostituita la nuova, quando l'una e l'altra possano coesistere. Conseguentemente, una convenzione con la quale si modifica una clausola di una precedente obbligazione, non può dirsi novazione, poichè la prima obbligazione rimane nel suo pieno vigore con la modificazione portatavi dalla seconda convenzione; o in altri termini, sono due obbligazioni, delle quali l'antica non è rimasta estinta, nè trasfusa nella nuova: *sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio; caeterum si non agatur, duae erunt obligationes*; l. 2, ff. *de novat.*

ma anche tacita, e gli art. di questa sezione non risguardano che le regole che fan presumere la tacita remissione. Il legislatore non avea bisogno di parlare della remissione espressa, poichè non avvi alcun dubbio che il creditore può dichiarare di far remissione di un debito in qualunque atto, nello stesso modo che non vi sono forme per ligarsi o liberarsi da una obbligazione.

Solo è da osservarsi che, siccome la remissione, sia espressa sia tacita, non è che una convenzione fondata ordinariamente sul consenso del creditore di voler fare donazione del suo debito al debitore, e sulla volontà del debitore di accettare la donazione, l. 2, C. *de accept.*, l. ult. ff. *quae in fraud.*, non debbe però dedursi che le forme e le condizioni stabilite dagli art. 855 e seg. per le donazioni tra vivi sieno applicabili alla *remissione* di cui qui è parola, cioè alla facoltà che à il creditore di rinunziare al dritto che à di domandare il pagamento del debito al suo debitore. Imperciocchè è una massima costante in giurisprudenza (*t. 1, nota 3, pag. 385*, e *pag. 417*), che le sole donazioni espresse debbono essere accompagnate da quelle formalità; ma le donazioni *tacite* debbono avere la loro piena esecuzione, quantunque fatte con atto privato. Or la remissione al debitore del debito produce da mia parte rinunzia al mio credito, ed in conseguenza donazione della somma che à per oggetto. Intanto non fa mestieri per la validità di codesta remissione che io ne faccia distendere atto da un notajo; ma può farsi con una carta privata, con una lettera: Merlin, quistioni, v. *donation*, § 5; Pardessus, *droit comm.*, n. 224; Toullier, t. 7, n. 323; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 342.

In conseguenza, l'accettazione del debitore non dev'essere espressa, ma basta che sia tacita (*vedi la pag. 226 sul consenso tacito*), e quest'accettazione tacita della remissione bene spesso si presume: così fatta la remissione con una lettera missiva, si presume che il debitore abbia fatto conoscere al creditore la volontà di accettare egualmente con una risposta missiva, che rimane in potere del creditore, il quale non può, sopprimendo la risposta del debitore, far rivivere un credito già estinto. Pardessus, Toullier, Delvincourt, ibid.; Duranton, t. 12, n. 357.

II. *Capacità di fare la remissione.* — Essendo la remissione del debito una alienazione, *diminutio patrimonii*, non è valida che quando il creditore è capace di disporre della cosa che forma l'oggetto della obbligazione. Per valutare quindi il dritto, che ha colui che fa una remissione, di disporre del credito, si osservano le regole date sopra il pagamento e la novazione nella nota 1, pag. 386: Voet, tit. *de accept.*, n. 1; Pothier, *obligat.*, n. 619; Pardessus, *droit commerc.* n. 224; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 342; Toullier, t. 7, n. 320 a 333; Duranton, t. 12, n. 341. — Si eccettua la remissione necessaria in caso di accordo in un fallimento, la quale può essere acconsentita da colui ch'è semplice amministratore de' beni del creditore, poichè in questo caso la remissione non è una semplice liberalità, ma un atto di amministrazione. Duranton, t. 12, n. 341 a 347; Pothier, *obligat.*, n. 622.

Costituendo la remissione una liberalità, non può farsi che a persona capace di ricevere. Le persone quindi enumerate nel t. 1, pag. 375 come incapaci a ricevere una donazione, non possono ricevere indirettamente con una remissione. Pothier, *obligat.*, n. 622; Toullier, t. 7, n. 333; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 342; Duranton, t. 12, n. 350 a 355.

III. *Remissione tacita.*—Non solo la remissione può essere espressa; ma avvi altresì la tacita. La remissione tacita risulta da certi fatti, di cui taluni bastano per provarla, ed altri la fanno solamente presumere. Or, la restituzione del titolo originale sotto firma privata è, secondo questo art., un fatto di remissione tacita che fa pruova della liberazione; e secondo l'art. seguente, la restituzione della copia esecutiva di un titolo autentico di cui esiste minuta, fa presumere la liberazione.—Il codice non fa parola di molti altri casi in cui la remissione tacita viene presunta; ma noi ne faremo un oggetto di disamina nella nota seguente.

IV. *Remissione tacita risultante dalla restituzione del chirografo*—La restituzione del titolo originale sotto firma privata prova la liberazione, dice l'art. in esame. L'origine di questa disposizione è nella l. 2, § 1, ff. *de pactis: si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem.* E Perezio su d. tit., n. 4, si esprime così. *Plane si debitori suo creditor reddiderit chirographum, tacite videtur remittere obligationem, id est pacisci ne petatur*, l. 2, § 1, ff. *de pactis. Cujus ratio est, quod chirographum continet in se jus obligationis, proinde eo reddito, videtur reddi jus illud, et obligatio.*

Questa disposizione è per identità di ragione applicabile alla volontaria restituzione di un atto in brevetto, di cui, per l'art. 34 della *legge sul notariato*, non ne rimane una minuta. Tal era la dottrina di Pothier, *obligat.*, n. 609, la quale s'intese adottare nel

Consiglio di Stato di Francia, nella compilazione di questo articolo. Locré, t. 6, p. 94 a 96, n. 6; Toullier, t. 7, n. 324.

Il possesso adunque in cui è il debitore del titolo creditorio è una presunzione legale di liberazione: il debitore non è obbligato a provare che gli sia stato volontariamente restituito dal creditore, sia a titolo di pagamento, sia di remissione di debito. Era questa la dottrina di Pothier, *obligat.*, n. 609, adottata espressamente nel Consiglio di Stato di Francia, in Locrè, t. 6, p. 94 a 96, n. 6; Toullier, t. 6, n. 325.

Ma potrebbe il creditore provare anche con testimoni, che non fece al debitore la restituzione *volontaria* del titolo originale creditorio? L'affermativa insegnata da Pothier, *obligat.*, n. 609, prevalse nella discussione dell'art. in esame (Locrè, t. 6, p. 94 a 96, n. 6), e l'oratore del governo lo disse chiaramente nell'esposizione de' motivi. « Conviene che la restituzione sia stata *volontaria*. È possibile che il titolo sia caduto nelle mani del debitore, senza saputa, o contro genio del creditore, e che siavi stata sorpresa o abuso di buona fede.

» La pruova di tali fatti è ammessibile allorchè si tratta di somma oltrepassante 150 lire. Non è già che si voglia stabilire obbligazione; è l'allegazione del fatto di una rimessa volontaria dell'istrumento che viene impugnata.

» Questa prova non dev' essere a carico del debitore, giacchè la rimessa del titolo essendo un mezzo naturale ed usitato di liberarsi, conviene per non ammettere questo mezzo, provare che non esista realmente, e che la rimessa non fu volontaria ». Locrè, t. 6, p. 174, n. 154.

I giureconsulti moderni àn riconosciuto questo principio; Toullier: t. 7, n. 325, e t. 10, n. 55; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 345; Pardessus, *droit comm.*, n. 224; Duranton, t. 12, n. 362.—Ciò non pertanto, la nostra Corte Suprema di giustizia con arresto di annullamento del dì 2 maggio 1836 ritenne che non possa ammettersi il creditore a provare, che una circostanza tutt'altra da quella di soddisfare o di volontaria rimessione, faccia trovare la carta originale nelle mani del debitore. Ma riprodotta la stessa causa in Corte Suprema, poichè il tribunale di rinvio andò in opposto avviso, la Corte Suprema ritrattando il principio consacrato nel precedente arresto, decise con arresto del dì 25 aprile 1843, uniformemente alla dottrina testè citata, nel seguente modo:

« *Se in caso di remissione del debito nascente dalla restituzione del titolo creditorio, si ammetta pruova contraria.*

« Considerando che fra i modi co' quali si estingue l' obbligazione, la legge annovera non solamente il pagamento, la novazione, la prescrizione, la compensazione ed altro, ma ancora la remissione (art. 1187 leg. civ.).

« Considerando che un tal mezzo diretto a dimostrare l' estinzione dell' obbligazione è fondato sul requisito essenziale, necessario ed indispensabile, del concorso della volontà del creditore; e difatti nel citato articolo si parla non di una remissione qualunque, ma della remissione *volontaria*. Questo principio è ripetuto negli articoli 1236, 1237 leggi civili, che trattano della remissione del debito, e ne' quali si dice *restituzione volontaria* nel primo; e *tradizione volontaria* nel secondo.

» Considerando esser vero, che i citati due articoli contengono una distinzione significante, cioè di escludersi nel primo, e di ammettersi nel secondo la pruova in contrario— In altri termini, il primo articolo che riguarda la restituzione del titolo originale del credito sotto firma *privata* pronunzia la liberazione, ed il secondo relativo alla tradizione della prima copia *autentica* in forma esecutiva del titolo creditorio non pronunzia la liberazione, ma la *fa presumere*. È quindi vero che nel primo caso trattandosi di una presunzione stabilita dalla legge, non è ammessa pruova in contrario, laddove è ammessa nel secondo caso per testuale disposizione della legge nell' art. 1237. È vero che su di questa disposizione legale fu basato l' arresto della Corte Suprema del 1836, ma è egualmente vero che sì nel primo, come nel secondo caso, ove non concorra la *volontà* del creditore, non si opera la liberazione.

« Ma il concorso della volontà del creditore sarà oggetto di una pruova testimoniale? È questa appunto la quistione in esame. E qui giova osservare sulle prime che la legge romana aveva trattato la stessa quistione della restituzione del chirografo originale al debitore; e si disputò se la restituzione *contra voluntatem creditoris* operasse la liberazione, e fu detto di no, *quod debitori tuo* (così nella l. 15, Cod. *de solut. et liberat.*), *chirographum redditum contra voluntatem tuam adversus, nihil de jure tuo diminutum est.*

« La legge adunque permetteva di provare che la restituzione del chirografo originale era avvenuta contra la volontà del creditore.

» E di fatti, la restituzione volontaria del titolo si presume dachè esso oggi esiste presso

V. gli art. 1077 a 1079.

1226. La novazione non può aver effetto se non tra persone capaci di contrattare (1).

---

fa che aggiungere la sua obbligazione a quella del debitore principale; mentre l'*expromissor* con la sua obbligazione estingue quella dell'antico debitore. Pothier, *obligat.*, num. 583.

L'espromissore può obbligarsi verso il creditore, col consenso o senza il consenso dell'antico debitore. L'art. 1228 permette questa specie di novazione senza il consenso dell'antico debitore, coerentemente alla l. 8, § 5, ff. *de novat.*, ed all'art. 1189 che stabilisce di potersi estinguere le obbligazioni da un terzo che non vi abbia interesse. Se poi è il debitore antico che presenta in sua vece al creditore un nuovo debitore, allora diventa questa specie di novazione una *delegazione*, di cui discorreremo nella nota 2, pag. 389, parlando della delegazione.

III. *Quando in virtù di una* NUOVA CONVENZIONE *un nuovo creditore viene sostituito all'antico, verso il quale il debitore è liberato.* — È questo il terzo caso di novazione stabilito dal n.° 3 dell'art. 1225.

Toullier, t. 7, n. 274 spiega molto bene questa disposizione. « Bisogna, egli dice, ricorrere al trattato delle obbligazioni di Pothier, da cui è estratto l'art. 1271 (1225), per ispiegare questo paragrafo alquanto oscuro. Dice Pothier, nel n. 584 che *la terza specie di novazione è quella che si fa coll'intervento di un nuovo creditore, quando un debitore, per liberarsi verso il suo creditore, contrae per ordine di costui qualche obbligazione verso un nuovo creditore.*

» Conviene supporre che la *nuova convenzione*, contratta dal debitore per ordine dell'antico, abbia un oggetto diverso dalla prima obbligazione; imperciocchè se la nuova obbligazione avesse lo stesso oggetto, essa non produrrebbe un effetto diverso da quello che produce una cessione di credito, la quale sebbene sostituisca un creditore ad un altro, essa però non sostituisce una nuova obbligazione ad un'altra.

» Per esempio, voi mi dovete 10,000 franchi. Io vi libero da questo debito, a condizione che vi obblighiate verso Paolo per una eguale somma.

» Se al contrario, io vi libero dal debito de' 10,000 franchi, a condizione che diate a Paolo tante botti di vino, in questo caso esiste la sostituzione di un creditore ad un altro; ma vi è ancora la sostituzione di una obbligazione ad un'altra, il cui oggetto era diverso, e per conseguenza vi è novazione. Questa specie di novazione è sommamente rara ».

(1) Pothier, *obligat*, n. 590 per mostrare quali persone possono far novazione, espone la seguente argomentazione. « Il consenso che dà il creditore alla novazione di un debito, equivalendo, in quanto alla estinzione del debito, al pagamento che gliene fosse fatto, ne viene di conseguenza che coloro soltanto cui si può validamente pagare, possono far novazione di un debito ». — È da questo principio, che Pothier faceva derivare la decisione delle quistioni insorte intorno alle persone che posson far novazione.

Ma questo argomento tratto dal pagamento alla novazione, è stato disapprovato da molti giureconsulti, e Gavard de Coulon autore dell'articolo *novazione* nel repertorio di Merlin, volle sostituire al principio di Pothier, quest'altro: *Poichè la novazione*, egli dice, è *la sostituzione di un debito ad un altro, bisogna, per renderla valida civilmente, che il creditore abbia la capacità di rimettere l'obbligazione che la novazione dee distruggere, e che il debitore, dal suo canto, sia abile a contrarre la nuova obbligazione che vi si sostituisce, od almeno che il creditore ed il debitore abbiano un carattere che li autorizzi a fare i cangiamenti pe' quali la nuova obbligazione differisce dalla prima.*

Questo principio semplice e senza eccezione, nel senso del quale debb'essere inteso l'articolo in esame, è la chiave di tutte le quistioni sopra tal materia, come ne convengono Merlin, rep. v. *novation*, § 4, Delvincourt, lib. 3, tit, 5, nota 327, Pardessus, *droit commer.*, n. 220, e Toullier, t. 7, n. 293. Segue da ciò:

1.° Che i minori, gl'interdetti, le donne maritate, non possono innovare ne' casi in cui per l'art. 1079 non possono contrarre; ma quando l'obbligazione ch'essi contraggono mercè della novazione, è della natura di quelle ch'essi possono contrarre, la novazione vale; e per conseguente produce effetto la novazione da essi fatta, quando rendono la loro condizione migliore; l. 3 e l. 20, § 1, ff. *de novat.* Toullier, t. 7, n. 294.

2.° Che per la stessa ragione, i tutori, gli amministratori, i mariti non possono far novazione, se non per quanto il nuovo credito, od almeno i cangiamenti ch'essi vogliono fare nell'antico, non eccedano i poteri ch'essi tengono, o dalla legge o dal loro mandato. Perciò, un tutore, un curatore, possono, è vero, render migliore la condizione del loro pupillo mediante la novazione, ma non possono farla peggiore per questo mezzo, anche

1227. La novazione non si presume: conviene che risulti chiaramente dall'atto la volontà di effettuarla (1).

---

riguardo allo obbligazioni di cui ànno il dritto di ricevera soli il pagamento. Questa è pura la decisione espressa dello ll. 20, a 34 princ. ff. *de novat.* Garand de Couloo, nel rap. di Merlin, v. *novation*, § 4; Toullier, t. 7, n. 295.

3.° Che il mandatario specialo a qua' cho sono indicati per ricevero il pagameoto, *adjecti solutionis gratia* (pag. 329) non possono far novazione, quantonque si possa loro pagare validamente, l. 10, ff. *de solut.* Ciò non era contrario por dritto antico alla l. 10 ff. *de novat.*, nella quale si dice, *cui recte solvitur, is etiam novare potest*; poichè secondo questa legge, giusta le osservazioni di Gotofredo, *novare potest qui jure suo solutum recipit: non potest, qui nudum ministerium praestat*, l. 122, § 1, ff. *de V. O.* Così decidono pure Pothier, *obligat.*, n. 590, e Garand do Conlon, ibid.

4.° Che un procuratore con mandato generalo (v. la pag. 327, § II, n.° 11.) può far novazione, secondo il § 1 della l. 20, ff. *de novat.* Su di ciò Garand de Coulon fa delle giudiziose osservazioni. « Un procuratore, egli dice, con mandato generale può, è vero, far novazioni che sieno conformi ad una savia amministrazione, che non facciano alcun cangismento essenziale ne' dritti del suo costituente. Ma com'egli oon potrebbe formare una domanda in rescissione, o ammetterla, transigerla, vendere e fare tutti gli altri atti che produrrebbero alienaziono d'immobili o la perdita de' dritti di colui che l'à costituito, egli non può maggiormonte fare delle Novazioni le quali avrebbero il medesimo effetto, convertire, per esempio, una vendita d'immobili non eseguita, od ogni altra obbligazione immobiliare, in un semplice credito mobiliare. Ben lungi cho un procuratore coo mandato generale possa fare ogni specie di novazione indeterminatamente, egli neanche può fare la maggior parte delle Novazioni imperfette, come cangiare l'ipoteca di un credito, e ridurne o estinguerne gl' interessi. Allora dunque che Pomponio, nella l. 20, § 1, ff. *de novat.* decide che un procuratore *omnium bonorum* può innovare, vi à luogo a credere ch'egli abbia voluto solamente indicare che questo carattere non era un ostacolo alla validità della Novaziona nella forma, como no era uno alla validità dell'accettilazione, e di tutti gli altri atti legittimi (*v. la nota 1, pag. 396*); ma non già che un simile procuratore potesse fare ogni specie di Novazioni, poichè tante leggi romane decidono che il procuratore non può mai far peggiore la sorte del suo costituente, senza di lui partecipaziono; l. 3, pr. e § 2, l. 5, ff. *mandati;* Inst. § 8, *eod. tit.* ».

5.° Ch' essendo la capacità di rimettere l'obbligazione il principio su cui è fondata la facoltà cho può autorizzare a far la novazione, ne segue, che uno de' creditori solidali non può far novazione del debito, se non se per la sua porzione, nello stesso modo che per l'artic. 1151 non può rimottere il debito che per la sua porzione. Garand de Coulon, nel rep. di Merlin, v. *novation*, § 4; Pardessus, *droit comm.*, n. 220; Toullier, t. 7, n. 296. Vedi la nota 2, pag. 296 a 297.

Ma se uno de' creditori solidali o de' socii, oltre il dritto di ricevera il debito, fosse altresì incaricato di impegnare la società, sarebbe irragionevole di contrastare a questo socio la facoltà d' innovare. Garand de Coulon e Toullier, *ibid.*, e Pardessus, n. 1014.

(1) I. *Oggetto della disposizione di questo articolo.* — Dicemmo nella nota 1, pag. 383 e 384 che i cangiamenti fatti da' contraenti in una prima obbligazione, non fanno novazione se non apparisce che le parti abbiano avuto intenzione di farla, *animus novandi.* Non sempre apparisce chiaramente dalla stipulazione contenuta nella seconda obbligazione se siensi voluti estinguere interamente tutt'i dritti risultanti dalla prima; e la difficoltà non sta nel sapere se sievi stata una derogazione qualunque al primo contratto, poichè niuno può mettere ciò in dubbio; ma la difficoltà è di decidere se la novazione sia perfetta, in guisa che non si possa più argomentare dal primo contratto, nè per l'ipoteca nè per niente di ciò che vi era contenuto, quando anche il secondo non contenga derogaziona espressa a questo riguardo. Per esempio, Tizio avea venduto un fondo per dieci mila ducati a Cajo, il quale per sicurezza del prezzo avea ipotecato il fondo Corneliano. Due anni dopo, si fece un nuovo contratto di vendita per ducati otto mila, a causa di differenti controversie ch' eransi elevate al tempo della tradizione del fondo. Non trattasi in questo esempio di sapere se col secondo contratto siavi derogazione al primo in quanto al prezzo della vendita, poichè è chiaro che al compratore si è fatta la remissione di ducati due mila. Ma la difficoltà è di decidere, se la novazione sia perfetta, benchè le parti non avessero espresso ch' esse facevano novazione; poichè nell' affermativa, la ipoteca conceduta col primo contratto è estinta, art. 1252.

Poichè adunque l'effetto della novazione è quello di estinguere l'antica obbligazione con tutti i suoi privilegi e le ipoteche, si scorga come importi di conoscere quando vi è nova-

zione. Questo punto di dritto era pieno di sottigliezze nell' antico dritto romano: i giureconsulti romani erano di avviso che il più leggiero cangiamento sopravvenuto all'obbligazione, che en termine, per esempio, una condizione, una ipoteca nuovamente stipulata, producevano novazione e rinnovamento dell' obbligazione. Ma sotto pretesto ch' era spessissimo difficile il giudicare della intenzione de' contraenti dalle circostanze, Ginstiniano con la l. ult. C. *de novationibus* decise, che non si potrebb' ammettere novazione, se non per quanto le parti l'avessero dichiarata espressamente. La ragione di questa legge, dice Pothier, *obligat.*, n. 594, è, che non si può facilmente presumere che si voglia rinunciare a' propri dritti. Ond' è che la novazione contenendo una rinuncia fatta dal creditore al primo suo credito, cui si sostituisce il secondo, non dee facilmente presumersi, e le parti debbono spiegarsi chiaramente.

Ciò non ostante, l'antica giurisprudenza del regno e di Europa non intese questa legge letteralmente, in modo che ritenevasi di non esser necessario, perchè la novazione avesse luogo, che le parti l'avessero dichiarata in termini espressi e formali; ma bastava che in qualsivoglia maniera risultasse questa intenzione in modo evidente, da non mettersi in dubbio. Fabro, C. lib. 8, tit. 29, *def.* XI; Voet, tit. *de novat.*, n. 3; Menochio *de praesumpt.*, lib. 3, *praesumpt.* 134; Pothier, *obligat.*, n. 594; de Franchis, *dec.* 15, *cum Amendola e Ricci*.

Questa giurisprudenza ragionevole è stata sublimata in legge dall'art. in esame, ed ecco come ne fu motivata la disposizione da Jaubert nel rapporto al Tribunato. « È estremamente utile di sapere se una convenzione fatta in occasione di un debito preesistente » importi novazione. Ecco perchè la legge stabilisce in principio che la novazione non si » presume.

» Ma bisogna che le parti dichiarino esplicitamente che vogliono far novazione?

» Una delle ultime leggi romane l'avea così prescritto: ci sembra che il nostro progetto » abbia adottato una disposizione giudiziosa esigendo solamente che la volontà di operar » la novazione risulti chiaramente dall'atto.

» La legge non poteva consacrare una formola. Non sarebbe ragionevole che la mancanza di una parola potesse impedire a' giudici di dichiarare che vi sia novazione in un » atto, anche quando tutte le clausole dell'atto avranno manifestato la volontà che le parti » ebbero di far novazione.

» Prendiamo un esempio. *Pietro* è debitore di *Paolo*, *Giacomo* si obbliga per *Pietro* » verso *Paolo*. *Pietro* non può esser liberato verso *Paolo* che quando risulterà chiaramente dall'atto che *Paolo* abbia avuto la volontà di liberarlo; perchè altrimenti non vi » sarà novazione ». Locré, t. 6, p. 214, n. 39.

II. *Mezzo per discernere se vi sia novazione.*—Dal fin qui detto si rileva, che quando le parti non abbiano chiaramente espressa la loro volontà di far novazione, e che si è ridotto a cercarla nell'atto, esiste su questo punto un principio che può servir di certa guida: fa d' uopo esaminare attentamente i due contratti, e vedere se il secondo, co' suoi effetti e conseguenze, distrugga virtualmente il primo, o se non fosse incompatibile la loro coesistenza.

Conseguentemente, se il creditore e 'l debitore fanno tra loro qualche cangiamento ad una prima obbligazione, sia aggiungendovi una ipoteca, una cauzione o altra sicurtà, o togliendole, sia aumentando o diminuendo il debito, o dando un termine più lungo o più breve (art. 1911), o rendendola condizionale se era semplice, o pura e semplice se era condizionale; tutti questi cangiamenti non fanno che derogare all'antica obbligazione per ciò ch'è espresso, senza fare una novazione su ciò di cui l'ultimo atto non fa menzione. Pothier, *obligat.*, n. 594; Toullier, t. 7, n. 277; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 331; Duranton, t. 12, n. 286. Vedi la nota 1, pag. 383 e 384.

Ma quando le due obbligazioni non possono coesistere, quando tra loro evvi incompatibilità, è chiaro che le parti abbiano con la seconda obbligazione innovata la prima, e questa novazione è una conseguenza necessaria del secondo atto succeduto al primo, benchè le parti avessero dichiarato di non voler fare novazione, siccome abbiamo detto nella nota 1, pag. 384 e 385. A ciò che ivi abbiam detto, si possono aggiungere, com'esempi d'incompatibilità di due obbligazioni:

1.° La conversione di una somma esigibile in una rendita perpetua e vitalizia, importa novazione, poichè altra cosa è l'obbligazione di una somma esigibile, da quella di una rendita mediante un capitale ch'è stato alienato: il credito di una rendita non è propriamente che il credito degli arretrati, e non quello del capitale che per l'art. 1850 è irripetibile; *est in facultate luitionis, magis quam in obligatione*. Pothier, *obligat.* n. 595; Garand de Coulon, nel rep. di Merlin, v. *novation*, § 5; Toullier, t. 7, n. 280 e 304; Grenier, *hypot.*, n. 449; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 331; Duranton, t. 12, n. 288.

1228. La novazione che si fa col sostituire un nuovo debitore, può effettuarsi senza il consenso del primo (1).

1229. La *delegazione*, colla quale un debitore assegna al creditore un altro debitore che si obblighi verso di quello, non produce novazione, se il creditore non abbia espressamente dichiarato la sua volontà di liberare il debitore che ha fatto la delegazione (2).

V. gli art. 1159 e 1353, n. 2.

V. gli art. 1249, 1537 e 1538.

2.° Che una transazione opera novazione, ammeno che le parti non abbiano dichiarato che non debba intendersi fatta novazione a' loro dritti: *Arresto della Corte Suprema di Giustizia di Napoli, de' 7 gennajo 1836, causa Graduatoria Tarsia.*

3.° Che la *dazione in pagamento* opera novazione, perchè *mutata est causa vel status obligationis:* vedi le pag. 338 e 339.

Ma il venditore che riceve dal compratore biglietti ad ordine o lettere di cambio pel valore del prezzo, non fa novazione dell' azione *venditi*, così che conserva il privilegio e l' azione risolutoria, se i biglietti non vengono pagati. Imperciocchè, il creditore il quale riceve un simile pagamento non intende quietanzare se non a condizione che i biglietti saranno pagati alla scadenza, o in altri termini, il pagamento in biglietti si presume subordinato alla condizione *del pagamento in danaro*. Merlin, rep. v. *novation*, § 5; Pardessus, *droit comm.*, n. 221; Troplong, *hypot.*, n. 199 *bis* e le decisioni ivi citate. — *Contra*, Persil, *Comment.* all'art. 2103 (1973), § 1, n. 6; Grenier, *hypot.*, n. 385; Duranton, t. 12, n. 287; Delvincourt, l. 3, tit. 5, nota 332.

(1) Vedi la pag. 385, n. II.

(2) Dicemmo nella nota 1, pag. 384, che Cujacio ammetteva una quarta specie di novazione, che si fa mediante la *delegazione*. Qui è il luogo di sviluppare questa importante materia.

I. *Definizione della delegazione.* — Il numero 2.° dell'art. 1225 stabilisce, che uno dei modi con cui si fa la novazione è la sostituzione di un nuovo debitore all'antico che viene liberato dal creditore; e soggiunge l'art. 1228, che questa specie di novazione può farsi senza il consenso del primo debitore. Or, quando è il debitore, che per liberarsi verso il creditore, gli offre una terza persona che si obbliga in sua vece verso il creditore, o verso la persona da esso indicata, questo atto chiamasi *delegazione*. *Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jus est*; l. 11, ff. *de novat.* Domat, parte 1, lib. 4, tit. 4, n. 1; Pothier, *obligat.*, n. 600.

Si deduce da questa definizione della delegazione, che il concorso di tre persone è indispensabile, perchè abbia luogo; ed alcune volte interviene anche una quarta persona:

1.° Si richiede il consenso del debitore delegante, ossia dell' antico debitore, che dà in sua vece al creditore un nuovo debitore: *delegatio debiti, nisi consentiente et stipulante promittente debitore, jure perfici non potest*, l. 1, C. *de novat.*

2.° È necessario il consenso del debitore delegato, poichè è egli che in luogo dell' antico debitore deve obbligarsi verso il creditore, e verso la persona da costui indicata.

3.° Il concorso del creditore che accetta la delegazione è pur necessario, poichè è egli che deve contentarsi del nuovo debitore, e liberare l'antico, l. 6, C. *de novat.*

4.° Bene spesso interviene una quarta persona, quella cioè indicata dal creditore, e verso cui sull'indicazione del creditore, e dietro l'ordine del delegante, si obbliga la persona delegata. Pothier, *obligat.*, n. 600.

Per rendere adunque perfetta la delegazione è adunque necessario che vi concorrono tre persone: il *delegante*, il *creditore*, il *delegato*. Mancando il concorso del debitore delegato, o quello del creditore, la delegazione è allora *imperfetta*, o prende il nome d'*indicazione di pagamento*: vedi sull'*indicazione di pagamento*, la nota 1, pag. 390.

II. *Quando la delegazione produce novazione.* — La delegazione perfetta contiene una novazione. *Qui delegat debitorem, actionem amittit*, QUIA FIT NOVATIO, dice Cujacio, *recit. solem.* sul C. tit. *de obligat. et act.* La delegazione (dice Domat, p. 1, l. 4, t. 4, n. 7) fa una specie di novazione, poichè il primo debito di colui che delega rimane estinto coll'obbligo di colui ch'è delegato, l. 2 e 3, C. *de novat.* Tanto insegna Pothier, *obligat.*, n. 601.

Ciò non pertanto, l'artic. 1229 dichiara che la delegazione perfetta, ossia eseguita col consenso del delegante, del creditore e del delegato, non produce novazione, *se il creditore non abbia espressamente dichiarato la sua volontà di liberare il debitore che à fatto la delegazione*. Imperciocchè, siccome l'*animus novandi* (nota 1, pag. 387) è uno degli elementi essenziali per operarsi la novazione, non si presume che il creditore accettando la delegazione abbia inteso di liberare l'antico debitore; e d'altronde non essendovi incompa-

V. gli art. 1219 e 1541.

1230. Il creditore che ha liberato il debitore da cui fu fatta la delegazione, non ha regresso contro di lui, se il delegato diviene insolvibile; purchè l'atto non ne contenga una espressa riserva, o che il delegato non fosse di già apertamente fallito o prossimo a fallire nel momento della delegazione (1).

---

tibilità tra l'obbligazione del delegante e quella del delegato, la legge con ragione à voluto che per l'obbligazione del delegato non rimaner debbe estinta quella del delegante, senza una dichiarazione delle parti. Bisogna che sia *espressamente* liberato l'antico debitore, e la parola *espressamente* non esclude che il creditore possa adoperare frasi diverse da cui chiaramente risultare la novazione, come se, per esempio, dicesse, *accetto il delegato per solo mio debitore*. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 337; Toullier, t. 7, n. 290; Duranton, t. 12, n. 309, 323 e 324.

III. *Conseguenze della delegazione.*—Per effetto della delegazione, il debitore delegato trovasi direttamente obbligato verso il creditore, sia che la delegazione avesse operato la novazione, sia che l'antico debitore fosse pur rimasto obbligato. Conseguentemente:

1.° Siccome ordinariamente il delegato è un debitore del delegante, o si obbliga verso il creditore del delegante per liberarsi verso di costui; se avviene che il delegato come debitore del delegante, non lo fosse, non potrebbe ritornar contro la delegazione, e dispensarsi di soddisfare il creditore a pro del quale abbia accettato la delegazione; salvo però al delegato il regresso contro il delegante. *Si per ignorantiam promiserit, nulla quidem exceptione uti poterit adversus creditorem, quia ille suum recepit; sed is qui delegavit, tenetur condictione;* l. 12, ff. *de novat.* Pothier, *obligat.*, n. 602; Toullier, t. 7, n. 291 e 318; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 336; Duranton, t. 12, n. 332.

2.° Diversamente sarebbe, se il delegante non fosse debitore del creditore delegatario; perciocchè in questo caso, sia che il delegante abbia creduto per errore di essere debitore del creditore delegatario, sia che, sapendo che nulla gli dovea, abbia voluto fargli una donazione, la persona delegato che si è obbligata per errore nella falsa persuasione di esser debitore del delegante, può, provando che non era il delegante debitore del creditore delegatario, rifiutarsi al pagamento della somma della delegazione; l. 2, § 4, ff. *de donat.*, l. 7, ff. *de doli mali et metus exceptione*. Pothier, *obligat.*, n. 602; Toullier, t. 7, n. 291 e 319; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 336; Duranton, t. 12, n. 330.

3.° Il debitore delegato può opporre al creditore delegatario le eccezioni d'incapacità che avrebbe potuto far valere contra il delegante. Così, il minore o la donna maritata che siensi obbligati ed abbiano acconsentito di essere delegati senza le dovute formalità, l'uno durante la minore età, e l'altra in costanza di matrimonio, possono opporre al creditore delegatario l'eccezioni medesime che avrebbero potuto opporre allo stesso delegante, l. 19, ff. *de novat.* Ma le altre eccezioni che il delegato avrebbe potuto opporre al delegante, non può farle valere contro il creditore delegatario, l. 19, ff. *de novat*, Voet, tit. *de novat.*, n. 14.

4.° In quanto a' privilegi ed ipoteche del credito delegato, vedi l'art. 1233 con la nota.

(1) La delegazione che, a' termini dell'art. 1229 contiene novazione, estingue l'obbligazione del debitore delegante: *quod si delegatione facta jure novationis, tu liberatus es*, l. 3, C. *de novat.* Ed ove il debitore che fu delegato divenisse insolvibile posteriormente alla delegazione, il debitore delegante non cessa di trovarsi discaricato di pieno dritto sin dal momento della delegazione, come dice la d. l. 3, C. *de novat.*

Questo principio, secondo l'art. in esame, va incontro a due eccezioni, che ci faremo a discutere.

Prima eccezione. — Riserva del regresso che il creditore delegatario fa contro il debitore delegante, nel caso che non potesse essere pagato dal debitore delegato. — Ecco come Pothier, *obligat.*, n. 604 spiega questa eccezione:

« Al principio che il delegante rimane pienamente liberato verso il creditore si fa eccezione nel caso che si fosse convenuto che il delegante darebbe *a suo rischio* un nuovo debitore in sua vece. In questo caso Paolo decide che il creditore può agire contro il delegante *actione mandati contraria*, onde essere indennizzato della somma di cui non è potuto esser pagato per l'insolvibilità del nuovo debitore delegato; perchè quando a preghiera del mio debitore antico io accetto in sua vece un nuovo debitore a suo rischio, si fa tra noi due un contratto di mandato; accettando la delegazione, io sono un mandatario, e debbo per conseguenza esser risarcito del danno che consiste nella somma di cui non è potuto esser pagato dal debitore delegato; dunque il delegante dee indennizzarmi per questa somma.

1281. La semplice indicazione fatta dal debitore, di una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione.

V. l'art. 1075.

« Notisi però, continua Pothier, che per ciò è indispensabile che non mi si possa imputare di avere omesse le diligenze che avrebbero potuto procurarmi il pagamento nel tempo che il debitore delegato era ancora solvibile; perchè in questo caso non sono stato pagato per mia colpa; e secondo le regole del contratto di mandato, il mandatario non à alcun' azione per essere indennizzato di ciò che à sofferto per propria colpa. *Venit in actione mandati quod mandatario ex causa mandati abest inculpabiliter* ».

Stabilito adunque che non è la delegazione per sè stessa che rende risponsabile il delegante per l'insolvibilità del debitore delegato, ma bensì il contratto di mandato che si suppone intervenuto tra il delegante ed il creditore delegatario per effetto dell'espressa riserva di quest'ultimo contro il primo, ne consegue, che questa riserva del creditore contro il delegante non impedisce che la novazione abbia avuto di già il suo effetto; e conseguentemente il creditore non può più agire contro il delegante in virtù della prima obbligazione, che trovandosi caduta mediante la novazione, trovansi altresì estinti i privilegi e le ipoteche annessevi. L'azione adunque contro il delegante non è che personale *mandati contraria*, per farsi rimborsare l'ammontare del suo credito, in caso d'insolvibilità del delegato. Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 338; Duranton, t. 12, n. 328.

Ma potrebbe il creditore che si à riservato l'azione contro il delegante, riservarsi altresì le ipoteche ed i privilegi annessi all'antica obbligazione? Per la risoluzione di questa quistione, vedi la nota 1, p. 398.

Seconda eccezione. — Decozione del debitore delegato nel momento della delegazione. Quantunque la delegazione non fu fatta con clausola che sia a rischio del delegante, se però il debitor delegato sin dal momento della delegazione era insolvibile, il delegante, dice l'art. in esame, non è discaricato. Questa disposizione richiede taluni schiarimenti.

Ed in prima è notevole, che se la insolvibilità del delegato era conosciuta dal creditore cui la delegazione fu fatta, è chiaro che il regresso contro il delegante non à luogo; per» ciocchè, dice Pothier (*obligat.*, n. 604) la delegazione non contiene in questo caso una » convenzione della classe di quelle che sono interessate dall'una parte e dall'altra: ma » contiene un beneficio che ho voluto farvi, accettando questo debitore in luogo vostro; » per quanto insolvibile egli fosse, voi non mi avete fatto alcun torto, poichè, con cogni» zione di causa mi sono contentato di accettarlo: *volenti non fit iniuria* ». Duranton, t. 12, n. 325.

Ma se il creditore ignorasse nel momento della delegazione, la insolvibilità del debitore delegato, à luogo il regresso contro il delegante? Gli antichi giureconsulti di grave autorità convenivano, che se la insolvibilità del delegato era conosciuta dal debitore delegante, egli era colpevole di dolo, e la liberazione quindi che si avea procurata con questo mezzo, era soggetta a rescissione, ll. 1 e 9, ff. *de dolo; Fabro*, C. lib. 8, tit. 29, def. 2; Voet, tit. *de novat.*, n. 13.—Se però la insolvibilità del delegato era ignorata dal delegante, la maggior parte degli scrittori insegnava di non aver luogo il regresso, poichè il creditore dovea essere diligente a conoscere la posizione della persona delegata, l. 19, ff. *de reg. jur.*, e questa era la dottrina, tra gli altri, di Fabro, C. l. 8, tit. 29, def. 2; di Perezin, C. tit. *de nov.* n. 13; di Voet, tit. *de novat.*, n. 13; di Domat, l. 4, tit. 4, o. 8.—Ma Cujacio (in lib. 32 Pauli *ad edictum*, l. 26, § 2, ff. *mandati*) sostenne per lo contrario, che anche la ignoranza del delegante sulla insolvibilità del delegato impediva che fosse liberato: *aequum est*, egli dice, *hoc casu, ne delegatio liberet delegantem*: *aequum est, ut sit creditori integra actio adversus delegantem, quod per errorem existimaverit, locupletem debitorem sibi delegari, qui egenus erat*. E Pothier (*obligat.*, n. 605) aggiunge: « questa decisione di Cujacio è appoggiata all'equità. La delegazione contiene una convenzione fra il delegante e 'l creditore della classe di quelle che interessano ambedue le parti, ed in cui ciascuno intende ricevere altrettanto di ciò che dà. La equità di queste convenzioni consiste nella eguaglianza, e diventano inique quando una parte dà più di quello che riceve. Secondo questi principî adunque la delegazione che voi mi fate di un credito di mille lire dovutevi da Paolo ch'è insolvibile, in vece di una egual somma di cui voi siete debitore verso di me, è manifestamente iniqua; perchè in forza della medesima voi ricevete la remissione del vostro debito, e questa remissione à un valore reale ed effettivo di mille lire, e voi in vece per questo valore di mille lire che ricevete da me, mi date un credito verso un debitore insolvibile, che non à alcun valore; per riparare adunque l'iniquità della convenzione è necessario che voi siate risponsabile verso di me della insolvibilità di questo debitore che unicamente per errore io ho accettato in vostra vece. »

Si vede bene quindi che coll' essersi ritenuto nell'art. in esame, che la insolvibilità del

Lo stesso ha luogo per la semplice indicazione fatta dal creditore, di una persona che debba per lui ricevere (1).

1232. I privilegj e le ipoteche dell' antico credito non passano in quello che gli è sostituito, quando il creditore non ne abbia fatta espressa riserva (2).

---

dabitore delcgate nel momento della delegaziona, nen libera il delegante, non escleso il caso che costui abbia ignorate la iosolvibilità del delegato, gli autori del codice non àn fatto che adottare la dottrioa di Cujacie, seguita da Pothiar. Per dinotare la insolvibilità, l'art. adopera le frasi *apertamente fallito* o *prossimo a fallire*; ed è chiaro che qui per fallimente la legge intende parlare anche della *decozione* del debitore delegato. Vedi per ciò che riguarda le idee generali di *fallimento* e *decozione*, la pag. 376, n. VI.

(1) Abbiamo nella nota precedente parlato della delegazione perfetta. Qui dobbiamo discorrere delle delegazione imperfetta, che prende il nome d' *indicazione di pagamento*.

L'indicazione di pagamento è una convensione mercè la quala un dabitore, riceva dal creditore l'incarico di pagare ad une persona per lai; o pure, quando il dabitore senza il concorso o l'accettazione del sno creditore, incarica la persona coo la quale contratta, di pagare, in suo discarico, ciò ch'egli devé a costui. Così, quaede eal vaadere ue immobile, io incarico il compretore di pagarne il prezzo al mio creditore cha non interviane nel contratte, siffatte coovenzione è ana specie di delegaziona, ma è imperfetta, perchè non libera il debitore, e solo contiene un mandate a ricevere dalla persoaa indicata, a perciò prende il nome d' indicazione di pagamento: Potbier, *obligat.*, n. 605, a *traité de la vente*, n. 55a; Merlie, *Rep. v. indication de payement*; Vedi la pag. 329, n. III.

Or l'art. in esame à per oggatto di diffinire, che la *indicazione di pagamento* non prodnce novaziene, per la ragiene che con la indicazione di pagameeto non avvi trasferimento di aziena nella persona del creditore indicato a ricevere. Così, quando nel vendere un immobile, ho iecaricato il compratere di pagare il prezzo al mio creditore, questi conserva contro di me la stesse azioni, gli stessi dritti che avea prima della vaedita, così che se il compratera diviene insolvibile, la iesolvibilità ridenda a danno di lui, a non già del creditore, al quale è fatta la delegazione; e per la stessa ragiena, il credito che ho sul mio acqnirente dall'immobile che gli ò vandnto, continua ad appartenermi non ostante la specie di delegazioce che na be fatta, ad essa non passa affatto sulla testa del creditore da me indicato per riceverne la somma. Vedi la nota a, pag. 229, e la nota 1, p. 231; Pothier, *obligat.*, n. 605, e *de la vente*, n. 553; Merlin, *Rep. v. indication de payement*; Toulliar, t. 7, n. 284 e 286.

Non bisogna impertanto perder di vista, che il creditore à, pel solo effetto della ledicaziene di pagamento, azione coetro il debitore indicate; ma è pur vero che il debitore può toglicrgli quest' azione, rivocando l'indicazione di pagamento, almeno fie che non l'abbia, a'termini dell' ert. 1075, accettata: *vedi la nota 1, pag. 231 a 232.* — Accettata la delegaziene dal creditore iodicato per delegatarie, egli diviene creditore personale dal dobitora delegato, come bene osserve Toullier, t. 7, n. 287. Quindi, se Tizio delega al suo creditore Cajo le rendite da' suei beei, e Cajo dennnzia questo atto a' reddenti, non possono questa rendite più sequestrarsi da altri creditori di Tizio; ma non perchè Cajo à ricevuto puramente è semplicemoote dalle mani del debitore del suo dabitore personale talune annate d'interessi del suo credito e parte del capitale, à perciò novata l'obbligazione primitiva, polchè la indicazione che *ex post facto* diventa delegazione, non induce perciò novazione, giusta l' art. 1229.

(2) Siccoma l'effetto dalla novazione è di aenullare l'abbligasiona precedente (nota 1, pag. 384), così è chiaro che si estinguona la ipotecha annesse all' antico credito, coma anche le fidejnssioni, gli altri accessori della primitiva obbligazioce, e cessaoo altresì di decorrare gl' interessi che ne derivaveno: *novatione legitime facta, liberantur hypotecae et pignus, usurae non currunt*, l. 18, ff. *de novat.* L'art. in esame ad i tre che seguono sone una conseguenza di questo principio. Se non oha è da osservarsi, che se la nuova abbligazione si rescinde, reviviscono le ipoteche aeuesse all'antico credito, per le ragioni datene nella pag. 339, parlando della *dazione in pagamento*.

Ma possono le parti stabilire con un patto speciale che i privilegi o la ipoteche dell' antico credito passeranne al nueve? L' affermativa risultava dalla l. 12, § 5, ff. *qui pot. in pignore*, e l. 4, § 1, ff. *quib. mod. pignus*; ed il Fabro, C. lib. 8, tit. 8, def. 19, ne dava una completa dimostrazione. Questa dottrina seguita ancha da Pothier, *obligat.*, n. 599, è stata adottata dall'art. in esame; perciocchè la traslaziena d'ipoteche dal credito antico al nuevo non pregiudica in alcun modo i creditori intermedi, come disse l'oratore del gover-

1233. Quando la novazione si effettua colla sostituzione di un nuovo debitore, i privilegj e le ipoteche primitive del credito non possono passare su' beni del nuovo debitore (1).

---

no sig. Bigot-Préameneu nell'esposizione de'motivi, in Locré, t. 6, p. 174, n. 50. In conseguenza, perchè la riserva delle ipoteche possa avere tutto il suo effetto, è necessario:

1.° Che qualora il nuovo credito fosse maggiore del primo, il creditore non conserva il grado d' ipoteca che sino alla concorrenza della somma dovutagli col primo atto, non dovendo questa traslazione d' ipoteca pregiudicare in verun conto i creditori intermedi. Pothier, *obligat.*, n. 599; Toullier, t. 7, n. 310; Delvinc., l. 3, tit. 5, nota 340.

2.° Che le più espresse riserve non possono estendere i privilegi e le ipoteche da una cosa ad un'altra, poichè niuno può riservarsi un dritto supra di una cosa che non gli è stata mai obbligata, l. 7, C. *qui pot. in pignore*; ed è perciò che l' art. 1233 stabilisce che quando la novazione si opera con la sostituzione di un nuovo debitore, le ipoteche non possono passare su'beni del nuovo debitore: vedi la nota seg.

3.° Che se l'art. in esame permette al creditore di riservarsi le ipoteche dell'antico credito, per sicurezza del nuovo, non dico però che possa riservarsi i dritti che avea contro i fidejussori che aveano garantito l'antico debito; perciocchè il fidejussore che à garantito l'antico debito non può esser forzato a garantire una nuova obbligazione o una nuova persona, senza il suo consenso. Egli è perciò, che non ostante qualunque stipulazione, qualunque riserva che il creditore possa inserire nel contratto di novazione in assenza del fidejussore, si fa per rispetto a costui una totale estinzione della sua obbligazione. Il solo mezzo adunque che abbia il creditore per conservare i suoi dritti verso il fidejussore, è quello che indica l' art. 1235. Toullier, t. 7, n. 314.

(1) La ragione della disposizione di questo articolo è facile a comprendersi, dopo ciò che abbiamo detto nella nota precedente. Niuno può riservarsi un dritto sopra una cosa che non gli è stata mai obbligata: or la novazione che à luogo col cangiamento della persone del debitore impedisce che le ipoteche su' beni dell' antico debitore passino su' quei del nuovo, non potendosi i privilegi e le ipoteche su di una cosa estendere ad un' altra. Questo è quello che aveano stabilito Fabro, C. lib. 8, tit. 8, def. 19 e 24, e Voet, tit. *de novat.*, n. 14, la cui dottrina è stata adottata dalla disposizione espressa dell'art. in esame.

È però da notarsi: dicendo l' art. in esame che le ipoteche primitive non possono passare su' beni del nuovo debitore, non vieta però che le ipoteche possano essere conservate su'beni dell'antico debitore anche senza il consenso di costui, quando il creditore se le abbia riservate nel contratto di novazione.

È vero che Pothier (*obligat.*, n. 599) partendo dal principio che le cose non possono ipotecarsi senza il consenso di colui cui appartengono, ne deduceva che la *riserva delle ipoteche* non possa farsi su'beni dell' antico debitore, se questi non interviene nell'atto per approvarle, non potendo il nuovo debitore, cui non appartengono le cose ipotecate, ipotecarle pel nuovo debito, senza il consenso del proprietario; ed in sostegno di questa teorica cita la l. 30, ff. *de novat.* La dottrina di Pothier è stata seguita da Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 341; ma dessa non sembra conseguente alle regole del dritto ed allo spirito dell'art. 1233. Toullier, t. 7, n. 310 à dimostrato che la l. 30, ff. *de novat.* (*) niente prova a favore

---

(*) Ecco come Toullier si esprime sul proposito della l. 30, ff. *de novat.* « Il testo della legge dice » *Paulus respondit: Si creditor a Sempronio animo novandi stipulatus esset, ita ut a prima obliga-* » *tione in universum discederetur, rursum easdem res a posteriore debitore, sine consensu debitoris* » *prioris, obligari non posse.*

» Se il creditore avesse fatto promettere da Sempronio (ciò che gli era dovuto da Mevio) con animo deliberato di far novazione, in modo che la prima obbligazione restasse interamente estinta, *in universum*, il secondo debitore non potrebbe nuovamente, *rursum*, ipotecare le medesime cose senza il consenso dell' antico debitore.

» È ben evidente che in questa specie proposta da Paolo la novazione era stata fatta senz' alcuna riserva, *ita ut a prima obligatione in universum discederetur.* Si domandava dunque se il nuovo debitore potesse con una convenzione posteriore far rivivere le ipoteche estinte, obbligando i medesimi beni al creditore per la seconda volta, *rursum.* Paolo risponde giustamente ch' egli nol può senza il consenso dell'antico debitore. Ed in fatti, liberati i beni dall'ipoteca impostavi dal proprietario, questi beni non possono essere nuovamente ipotecati senza il suo consenso: *obligatio semel extincta non reviviscit.*

» Oltre di che, il suo consenso non potrebbe far rivivere l'antica ipoteca, attesochè egli non potrebbe dare alla nuova le prerogative dell' antica, nè l' anteriorità su' creditori intermedi.

» La sola conseguenza ragionevole che possa dedursi dalla citata l. 30, ff. *de novat.*, è dunque quella che il creditore non si può riservare l'antica ipoteca per sicurezza della nuova obbligazione se non con lo stesso contratto di novazione, e non già con una convenzione posteriore. Ciò è una massima applicabile ancora alle novazioni che si fanno tra il creditore ed il debitore senza l'intervento di un terzo.

1234. Se la novazione si effettua tra 'l creditore ed uno de' debitori solidali, i privilegj e le ipoteche dell'antico credito non possono riservarsi se non su' beni di colui che contrae il nuovo debito (1).

---

della dottrina di Pothier; perciocchè, non è che il nuovo debitore viene ad obbligare i beni dell'antico debitore senza il consenso di lui; ma è il creditore che si riserva l'ipoteca su'beni che dall'antico debitore gli erano stati ipotecati. Egli è vero che l'obbligazione del primo debitore è rimasta estinta per effetto della novazione, ma ciò non impedisce al creditore di riservarsi le ipoteche nell'atto di novazione, nello stesso modo che l'art. 1232 autorizza la riserva espressa delle ipoteche quando vi è novazione del solo debito, senza cangiar debitore. Se il creditore può ritenere obbligata la persona dell'antico debitore, non facendo alcuna novazione, può con più di ragione ritenere i beni di lui per sicurezza del debito che un terzo si obbliga personalmente di soddisfare, e fare per conseguenza la remissione dell'azione personale all'antico debitore, riservandosi contro di lui l'azione ipotecaria: *non debet cui plus licet, quod minus est non licere*, l. 21, ff. *de reg. jur.* In una parola, la riserva delle ipoteche su' beni dell'antico debitore debbe risguardarsi almeno come una condizione della novazione: non volendo l'antico debitore acconsentire, dovrebbe la condizione cui è subordinata la novazione, riputarsi mancata, e quindi come non avvenuta la novazione, siccome sancisce l' art. 1235. È questa pure la dottrina di Duranton, t. 12, n. 311.

(1) Quando la novazione si effettua con la sostituzione di un nuovo debito all'antico, i privilegi e le ipoteche dell'antico credito non passano al nuovo, senza una espressa riserva per parte del creditore. È questa la disposizione dell'art. 1232, sviluppata nella nota a p. 392. Dandosi però il caso, che gli obbligati all'antico debito fossero più e solidalmente, siccome la novazione fatta con uno de' debitori solidali, libera gli altri, giusta l'art. 1235, così poteva presentarsi la quistione, se novato il credito con uno de' debitori solidali, il creditore poteva ciò non pertanto riservarsi l' ipoteca non solo su' beni del debitore che contrae il nuovo debito, ma anche su que' de' condebitori. La risoluzione di questa quistione à dato luogo alla disposizione dell'art. in esame, che per altro à presentato campo agli scrittori di serie difficoltà. Per ben esaminare adunque questo punto, bisogna rimontare all' origine della dissensione.

Partendo Pothier *obligat.*, n. 599 dal principio, che il debitore non può ipotecare i beni di un terzo senza il costui consenso, ne dedusse due conseguenze. La prima, che la novazione che si effettua con la sostituzione di un nuovo debitore fa sì, che il creditore non può riservare su'beni dell'antico debitore le ipoteche costituitevi, senza il consenso di questo antico debitore, altrimenti il nuovo debitore verrebbe ad ipotecare pel nuovo debito cose che non gli appartengono: noi abbiamo osservato nella nota precedente, che questa dottrina non sembra consentanea allo spirito dell'art. 1233. — La seconda conseguenza dedotta da Pothier è questa: « Secondo gli stessi principj, egli dice, se uno di più debitori solidali contrae verso il creditore una nuova obbligazione, e siesi convenuto nell'atto stesso, che le parti ànno intese di far novazione del primo debito, *colla riserva però delle ipoteche*, questa riserva non può avere effetto che per l'ipoteca de'beni di quel debitore il quale contrae il nuovo debito, e non per le ipoteche de' beni degli altri condebitori, non potendo i loro beni essere ipotecati senza il loro consenso per un nuovo debito ».

Non si può disconvenire che la esposta dottrina di Pothier è prevalsa nella compilazione dell'art. in esame; su di che primieramente è da osservarsi, che se la l. 30, ff. *de novat.*, su cui è fondata, è stata male applicata alla controversia, siccome si è dimostrato nella nota precedente, bisogna pur convenire che erronea è altresì la compilazione materiale dell'art. in esame. Riservandosi il creditore l' ipoteca che avea su'beni de' condebitori solidali, non è che viene per effetto della novazione, ad obbligare i loro beni senza il loro consenso, ma per lo contrario li libera dall'azione personale, conservando però l' ipoteca su' que' beni ch'erano già stati obbligati con l'antica convenzione.

Toullier, t. 7, n. 313 trova inoltre una specie di contraddizione tra l' art. in esame e l'art. 1204, n. 3. « Primo e Secondo, egli dice, mi debbono in solido 3,000 fr., ipotecati su tutt'i loro beni. Primo mi paga l'intero debito: egli viene surrogato *ipso jure* ne'miei dritti e nelle mie ipoteche in virtù dell'art. 1251 (1204).

» S'egli mi paga in contanti la metà della somma, e l'altra metà in un biglietto pagabile fra un anno, e si dice nel biglietto che io l'accetto per solo debitore di 1,500 fr., resta della somma di 3,000 fr. dovutami in virtù dell'antico atto che rimane annullato, Primo, quantunque non mi abbia pagata l'intera somma in danaro contante, non lascia però di essere surrogato legalmente, in virtù dell'art. 1251, n. 3 (1204), ne'miei dritti contro di Secondo, da lui già soddisfatti colla novazione, la quale equivale ad un paga-

1235. Colla novazione fatta tra 'l creditore ed uno de' debitori solidali, i condebitori restano liberati.

V. gli art. 1153, 1155, 1166 e 1167.

La novazione fatta col debitore principale libera i fidejussori.

V. l'art. 1906.

Nondimeno se il creditore esiga nel primo caso l' adesione de' condebitori, o nel secondo quella de' fidejussori, e costoro ricusino di aderire alla nuova convenzione, sussiste l' antico credito (1).

» mento. Dunque, Secondo rimane assoluto verso di me: io non posso più agire personal» mente contro di lui; ma come io posso esercitare tutt' i dritti del mio debitore Primo, » surrogato legalmente nelle antiche ipoteche, io potrò, se egli non mi paga, esercitare » l' aziona ipotecaria contro di Secondo, anche quando non me l' avessi riservata.

» Pare dunque ch' esista fra l' art. 1251 n. 3, (1204) e l'art. 1280 (1234) una contrad» dizione, che non si può far disparire senza sopprimersi nella revisione del Codice l'art. » 1280 (1234), la cui disposizione si concilia malamenta colle regole di dritto e con l' e» quità ».

Che l'art. 1234 si concilia malamente con le regole di dritto e con l'equità, sembra iedubitato. Ma il mezzo adoperato da Toullier per riuscire in questa dimostrazione, cioè la pretesa contraddizione tra l'art. 1204 e 1234, non pare concludente, poichè niente ànno di comune queste due disposizioni; e sotto questo rapporto ci sembra fondata la censura che Delviecourt (lib. 3, tit. 5, nota 341) fa al ragionamento di Toullier. « Imperciocchè, » dice Delvincourt, evvi effettivamente gran differenza fra un dritto che si esercita in » proprio nome e quello che si esercita in nome del nostro debitore. Nel primo caso, il be» neficio del dritto appartiene interamente ed esclusivamente a colui che l' esercita; nel » secondo, esso appartiene alla massa de' creditori e tra loro si divide per contributo: nel » primo caso, quegli cui il dritto appartiene non può esserne privato senza il fatto proprio » o la propria volontà: nel secondo, può esserne privato per fatto del debitore il quale può » rinunciarvi in seguito di convensione stipulata senza frode con la persona contro della » quale debb' essere esercitato. V' ha dunque tra i due casi una differenza essenziale; il » che fa svanire qualche apparenza di contraddizione tra i due articoli ».

La disposizione adunque dell' art. in esame che permette al creditore di riservare le antiche ipoteche solamente su' beni del debitore col quale fa novazione, e non già se que' dei condebitori, è fondata sul falso supposto di Pothier, che per un nuovo debito sostituito all' antico col consenso di uno de' debitori solidali, non possono essere obbligati i beni dei condebitori solidali. Se dunque, i condebitori solidali acconsentano che sieno soltanto liberati dall' azione personale, rimanendo le antiche ipoteche su' loro beni, è fuor di dubbio che desse rimangono nel loro grado, non avendo di che dolersi i creditori intermedi.

Ma se i condebitori solidali non acconsentono che i loro beni rimanessero ipotecati, non ostante la novazione fatta con uno de' coobligati, non avrà perciò il creditore alcun mezzo per ottenere l'adesione di questi condebitori? Secondo l'art. 1235 il creditore può chiedere l' adesione de' condebitori alla nuova obbligazione, altrimenti sussiste l' antico credito; e per la stessa ragione il creditore, il quale vuole conservare le ipoteche su' beni di questi condebitori, può riserbarsi come condizione *sine qua non* della novazione consentita ad uno de' debitori solidali, i suoi privilegi e le ipoteche su' beni di tutti. Duranton, t. 12, n. 305.

(1) Dal principio rammentato nella nota 2, p. 392 sugli effetti della novazione, ne segue che dessa estingue non solo le ipoteche, ma anche le obbligazioni de' condebitori, l. 31, §. 1, ff. *de novat.*, e quella de' fidejussori, l. 4, C. *de fidejus.*, poichè la novazione sta in luogo di pagamento: nota 3, pag. 322.

» Volendo però, diceva Pothier (*obligat.*, n. 599), il creditore conservare l'obbligazione degli altri debitori e de' fidejussori, bisognerebbe apporre per condizione alla novazione, che i condebitori e fidejussori debbono consentire al nuovo debito; nel qual caso, non volendo essi acconsentirvi, non vi sarebbe più novazione, e 'l creditore conserverebbe il suo credito antico ». — È questa la ragion motiva di questo articolo, che prende origine dalla l. 60, ff. *de fidejus.*, e 4, C. *eod.*; Voet, tit. *de novat.*, n. 10.

Se non che è da osservarsi, che laddove taluni de' coobligati o de' fidejussori aderiscano ed altri ricusano di aderire al nuovo debito, adesione richiesta dal creditore come condizione sospensiva per operarsi la novazione, l'antico credito con i suoi effetti continuerà a sussistere contro di tutti, poichè il rifiuto di uno de' condebitori o de' fidejussori basta a far considerare come non adempita la condizione sospensiva, all' avveramento della quale intese il creditore subordinare la novazione.

Da ultimo è notevole, che la liberazione de' condebitori solidali per effetto della novazione tra il creditore ed uno di essi, non impedisce al condebitore che à trattato col credito-

SEZIONE III.

Della remissione del debito (1).

V. gli art. 1304 e 1306.

1236. La volontaria restituzione al proprio debitore del titolo originale

---

re, di agire contro i coobligati per la rispettiva quota. La novazione non può avere maggiore effetto del pagamento, ed è perciò chiaro che le disposizioni degli art. 1167 e seg. possono dal debitore che à estinto il eredito con la novazione, invocarsi contro i condebitori solidali per obbligarli al pagamento della rispettiva quota ael debito.

(1) I. *Sistema e spirito della legislazione romana sulla remissione del debito.* — La remissione del debito che fa il creditore è un altro moda con cui si estinguono le obbligazioni, art. 1187.

La materia della remissione, la quale, nel nostro dritto, è interamente regolata dalla ragion naturale, presenta non pertanto gravi difficoltà; e la maggior parta di tali dubbi è prevenuta dall'applicasione che vi si è fatta male a proposito delle leggi romane, le quali, a tal riguardo, come a tanti altri, ànno principî puramente relativi al loro sistema particolare di legislazione.

Egli è dunque essenziale, prima di render conto delle disposizioni del codice in vigore sulla remissione, di esporre in ristretto il sistema e lo spirito del dritto romano sopra quest' oggetto. Na risulterà che la maggior parte de' principî che sono nel digesto sotto il titolo *de acceptilatione*, è oggi inammessibile.

Circostanze particolari che accompagnano la formazione delle società, obbliga sovente i capi ad allontanarsi dalle indicazioni della natura nella formazione delle leggi; ma le leggi relative alle convenzioni, sembrano quelle da dover prestare meno all'arbitrio. Nulladimeno, il bisogno che avaana i romani di divenir necessari onde perpetuare la loro autorità, devette portarli a rendere, per quanto era in essi, la legislazione oscura e piena di sottigliezze, di cui si riservavano l'interpetrazione.

Presso un tal popolo, i contratti i più comuni, come il mutuo, il comodato, il pegno che non potevano per la natura stessa delle cose esser sottoposti a formalità inceppanti, pure la legge volle che la tradizione delle cosa di cui questi contratti ne erano gli oggetti, fosse indispensabile per determinarne la perfezione e la prova, come si rileva dalle Instituta, tit. *quib. mod. re contrahit obligat.* Che anzi, la tradizione sembrava talmente necessaria alla perfezione di tutt'i contratti (*tranne la vendita, la società, l' enfiteusi, il mandato, e la locazione; vedi la nota 1, pag. 224*), che i romani l'esigevano eziandio in tutte le altre obbligazioni, da essi designati sotto it nome generico di *contratti innominati: vedi la nota 2, pag. 224* — Le convenzioni adunque che non venivano seguite da tradizione, formavano ciò che chiamavanai semplici *patti*, che obbligavano soltanto nel foro interno: *vedi la nota 1, pag. 220.*

Poichè dunque le semplici promesse non davano azione, e bisognava ricorrere alla pruova testimoniale per documentare il fatto della tradizione, si cercò di rendere questa prova più sicura con un apparato proprio a colpire i sensi. I forensi inventarono all' uopo diverse formole, dette *azioni di legge*, donde ne derivarono gli *atti legittimi*, che da tanti requisiti dovevano andar forniti. Così tanto le une, quanto gli altri dovevano farsi puramente e semplicemente, ed attualmente, senza il ministero di procuratore e senza potervi aggiungere condizione e tempo, l. 77, ff. *de reg. jur.*

Tanti ostacoli mettevano molt' imbarazzi nel commercio ed insidiavano la buona fede. Man mano quindi si cominciò dal legittimare, sia con leggi precise, sia con la giurisprudenza (*jure praetorio*), taluni patti, come quello della dote, della donazione, dell'ipoteca, e molti altri che Vinnio ha raccolti nel cap. 4 del trattato *de pactis.*

Per rendere la riforma più generale, s'inventarono le obbligazioni verbali, e soprattutto la *stipulazione*, Inst. pr. *de verb. obl.*, e l. 27, C. *de pactis.* Siffatta specie di obbligazione poteva estendersi a tutte le convenzioni immaginabili; e le si dava quella causa che si giudicava a proposito. La forma n'era semplicissima. Colui verso il quale uno obbligavasi, interrogava l'altro contraente nel seguente modo: *v'impegnate voi di darmi o di farmi la tal cosa?* soggiungendo quella causa ch' egli giudicava a proposito all' obbligazione. Quegli che voleva obbligarsi soggiungeva semplicemente: *io mi obbligo.* Queste poche parole bastavano per costituire la stipulazione pura e semplice, cui si poteva inserire quella condizione, quel termine che si giudicava a proposito; Inst. *de verb. obligat.*; ma d' altronde produceva una di quelle azioni che chiamavansi di stretto dritto (*stricti juris*), così che il giudice era forzato a seguire, nel modo il più letterale, la convenzione ch'era l'og-

del credito sotto firma privata, fa pruova della liberazione (1).

---

getto delle causa, senza potersene allontaeere, anche sotto pretesto di equità; l. 90, ff. *de verb. obligat.*, e § 30 Inst., *de actionibus*.

Ciò posto, si concepirà facilmente, come siensi formate le regole del dritto romano sulla *Remissione*. Era un principio generale e tutte le obbligazioni, ch'esse si scioglievene nel modo stesso ond'erane state contratte, l. 35, ff. *de reg. jur.*; val dire, per quasi tutt'i contratti, con la tradizione reale o fittizia. In conseguenza, ad eccezione del piccol numero delle obbligazioni consensuali, niuna di esse poteva, secondo l'antico dritto, esser rimessa col consenso, altrimenti si sarebbe data a'patti una forsa che la legge ricusava loro.

Quando le stipulazioni furono introdotte, s'immaginò una maniera di fare la remissione di queste specie di obbligazioni mercè della formola che chiamavasi *accettilazione* (*acceptilatio*), che deriva dalle parole *acceptum ferre*, rimetter cioè il debito dell'istesse maniere che se il creditore lo ricevesse. Era questa una specie di stipulazione, che consisteva in una interrogazione ed in una convenevole risposta. Il debitore diceva al creditore: *riconoscete voi come ricevuta la somma che io vi avea promessa?* Se il creditore rispondeva, *la riconosco come ricevuta*, la obbligazione era estinta di pieno dritto; § 1, Inst., *quib. mod. toll. obligat.*

Ma siffatta formola, la quale era un atto legittimo, come dice la l. 77, ff. *de reg. jur.*, ne avea tutti gl'inconvenienti: non era suscettibile nè di termine, nè di condizione; non poteva essere adoperata dal tutore, dal curatore: in fine, non si potevano estinguer in tal mode le obbligazioni ch'erano state contratte altrimenti che con la stipulazione: § 1, Inst. *quib. mod. tollit. obligat.*, e tit. ff. *de acceptilationibus*.

*L'*accettilazione adunque avea tutti gl'inconvenienti degli atti legittimi, specialmente quello di non potersi estinguere in tal modo che le sole obbligazioni contratte con la stipulazione. C. Aquilio Gallo, celebre giureconsulto contemporaneo di Cicerone, trovò il mezzo di ovviare a tutti questi inconvenienti con una doppia stipulazione, che si chiamò per questa ragione *stipulazione o accettilazione Aquiliana*, colla quale si risolvevano tutte le obbligazioni nate da'contratti reali, letterali o consensuali. Siffatto mezzo consisteva in convertire l'obbligazione che volevasi estinguere coll'accettilazione, in stipulazione nel modo seguente. Domanda: *ciò che voi mi dovete a titolo di prestito* (od ogni altro titolo) *vi obbligate voi a pagarmelo?* Risposta: *io mi vi obbligo*, e da questo istante vi era novazione, poichè il debitore non era più obbligato in virtù del prestito, ma della stipelazione. Colla seconda interrogazione che in allora si faceva dal debitore, questa nuova obbligazione si estingueva: *Riconoscete come pagata la somma che vi aveva promessa?* Dacchè il creditore avea risposto, *la riconosco*, la prima obbligazione contratta col prestito era riputata estinta per effetto dell'accettilazione Aquiliana, sebbene il contratto di mutuo non fosse nondimeno della natura di quelli che si risolvevano coll'accettilazione. Giustiniano ci à conservato la formola di quest'accettilazione nel § e delle Instituta, tit. *quibus modis tollitur obligatio*.

Dal fin qui detto si rileva che tutto l'edificio del dritto romano sulla teorica dell'accettilazione avea per fine la liberazione del debito per parte del creditore, *liberatio debitoris*, come dice la l. 1, ff. *de acceptilationibus*. Donello, *coment. jur. civ.* lib. 16, cap. 21 à bellamente messo in veduta tutti gli elementi che concorrevano a render efficace l'accettilazione per operare la liberazione del debitore.

II. *Antica giurisprudenza sull'accettilazione.* — Le leggi romane che riguardavano la forma delle stipulazioni, degli atti legittimi, delle azioni della legge, e tutte le differenze che avea messo fra i semplici patti e le convenzioni non ebbero autorità in Europa (*vedi la pag. 221*): e per la stessa ragione le leggi del digesto e delle Instituta relative all'accettilazione, per ciò che riguarda la forma e le condizione della remissione non eran seguite in Europa, come attestano, tra gli altri, Groenewegen, *tractatus de legibus abrogatis*, sulle l. 4 e 8, *de acceptilat.*, Voet, tit. *de acceptilat.*, n. 6; e gli scrittori ivi citati; Pothier, *obligat.*, n. 607.

(1) I. *Principj generali sulla remissione del debito.* — Ora che il codice civile à abolite tutte quelle forme colle quali i romani vestivano i contratti, non vi è più l'*accettilazione*, siccom'espressamente rapportò l'oratore del governo di Francia nell'esporre i motivi di questa sezione, in Locrè, t. 6, p. 174, n. 155. Possiamo noi quindi rimettere i debiti ed assolvere i nostri debitori come meglio ci piace. Tutto quello quindi che si dice nel titolo delle Pandette *de acceptilatione* riguardo alla forma dell'accettilazione non è in verun conto applicabile nel nostro dritto, e segnatamente che l'accettilazione (*nota precedente*) non possa farsi sotto condizione, come stabilisce la l. 4, ff. *de acceptilatione*. Che anzi la legge permette in questa sezione, che la remissione del debito si dimostri anche con presunzioni, il che importa che la remissione può essere non solamente espressa con qualunque atto,

V. gli art. 1271, 1304 e 1306.

1237. La tradizione volontaria della prima copia autentica in forma esecutoria della scrittura di obbligo fa presumere la remissione del debito, o il pagamento, senza pregiudizio della pruova in contrario (1).

---

del debitore: ma questa occupazione del titolo può dipendere da mille circostanze, che escludono la *restituzione volontaria* di esso: per esempio, dalla dispersione, dall'involamento, dall'estorsione per violenza, e finalmente dalla restituzione sotto la condizione di pagarsi il debito con dilazione, o pagarsi per delegazione del creditore ad una terza persona per conto del creditore. Or quest'ultimo caso appunto nella specie si è verificato; imperciocchè il creditore non restituì volontariamente al suo debitore il titolo di credito, ma lo consegnò all'avvocato del debitore per liquidare le accessioni del credito; e consentì di consegnarsi al debitore, *purchè* costui si fosse dichiarato debitore con una cambiale pagabile per delegazione ad un tal Eugenio Scanoi. Sotto questa condizione fu fatta la restituzione del titolo di credito. Il debitore che lo ritenne, e poscia si negò di firmar la cambiale, commise un abuso di confidenza: ed a provare l'abuso di confidenza può dirsi non ammessibile la pruova testimoniale?

» Per tali motivi, *rigetta*.

V. *Disamina, se la restituzione del chirografo al debitore stabilisca la pruova della liberazione a titolo di pagamento* o *di remissione*. — L'art. in esame non decide nettamente siffatta controversia, ch'è della massima importanza; perciocchè ritenendosi che la restituzione del chirografo non stabilisca che la prova della remissione del debito, ne segue che la restituzione del chirografo fatta da uno de' creditori solidali non libera che per la sua parte il debitore, art. 1151; e d'altronde la remissione considerata essendo come una donazione, può esser soggetta a rivocazione o riduzione, o a nullità per incapacità del donatario, siccome abbiamo veduto nella pag. 398, n. II. Or può dirsi, per la remissione, che le leggi romane scorgevano nella semplice restituzione del biglietto la remissione del debito, l. 2, § 1, ff. *de pactis* (*riferita nella pag. 398 in fine*), e l'art. in esame è sotto la sezione della *remissione del debito*. Ma siccome è pur vero, che *nemo donare facile praesumitur*, e l'art. in esame adopera la parola *liberazione* (mentre nell'art. 1237 si dice che la restituzione della copia esecutiva fa presumere la *remissione*), così bisogna decidere che il possesso che à il debitore del biglietto dee far presumere che gli sia stato restituito dal creditore, o come pagato, o come rimesso, a meno che il creditore non giustifichi il contrario. Pothier, *obligat.*, n. 609; Duranton, t. XII, n. 364; Delv. l. 3, tit. 5, nota 346.

VI. *Disamina della quistione, se avendo il debitore rilasciato più biglietti pel medesimo debito, la restituzione di uno di essi faccia pruova della remissione del debito.* — Quantunque Struvio, sul tit. *de pactis*, § 34 avesse sostenuto la negativa, sembra più regolare la opinione contraria, per più ragioni: 1.° Nel dubbio conviene presumere la liberazione, l. 47, ff. *de obligat.*; 2.° Che la tacita volontà di far la remissione si raccoglie dal fatto della restituzione, mentre non si deve presumere che la restituzione di uno de' titoli sia stata fatta senza oggetto, l. 32, § 1, ff. *de leg.*; 3.° Che l'obiezione risultante dalla l. 4, pr. ff. *hic qui in testam. delent*, dov'è detto che la cancellazione di una copia del testamento non impedisce l'esecuzione dell'altra, non può fare ostacolo per la quistione in disamina; perciocchè è il favore de' testamenti che nel dubbio fa valere l'atto, l. 10 pr. ff. *de inoff. testam.*, mentre ne' patti bisogna presumere la liberazione, l. 47, ff. *de obligat.* Coccei, *controver. juris*, lib. 2, tit. 14, *quaest.* 4.

(1) I. Sotto l'impero dell'antica giurisprudenza i giureconsulti disputavano se la restituzione della copia di prima edizione di un titolo, di cui esiste minuta presso un notajo, debba far presumere la remissione del debito o il pagamento. I ragguagli di questa discussione possono vedersi in Menochio, lib. 3, *praesumpt.* 140, n. 10, ed in Vinnio, *quaest. select.*, lib. 1, cap. 7. Secondo Pothier, *obligat.*, n. 609, l'esistenza della copia, di cui esiste l'originale minuta, nelle mani del debitore, non importa una presunzione sufficiente di remissione o pagamento del debito, a meno che non vi concorrano altre circostanze; perchè l'originale minuta ch'esiste presso il notaio senza quietanza, è sempre un appoggio pel creditore a cui la copia à potuto essere derubata, o che confidandosi nell'originale à forse rimessa ed affidata allo stesso debitore. Al debitore adunque, risultava dalla dottrina di Pothier, spetterebbe di provare il concorso di altre circostanze valevoli per far presumere la liberazione.

Allorchè si devenne alla compilazione del codice civile, gli autori del progetto, adottando la dottrina di Pothier, proposero un articolo così concepito: *La semplice restituzione della copia di prima edizione del titolo non è sufficiente per far presumere la remissione del debito o il pagamento.*

Presentato questo progetto alla commissione di legislazione del Consiglio di Stato, ne

fu contrastata la massima, e perciò l'articolo in progetto fu redatto in senso contrario dalla Commissione medesima, ne' seguenti termini: *La restituzione volontaria della copia di prima edizione del titolo è sufficiente per far presumere la remissione del debito o il pagamento.*

La pruova che la restituzione sia stata volontaria è a carico del debitore.

Portata alla discussione del Consiglio siffatta compilazione, s'impegnò una viva discettazione che suscitò varie opinioni.

La prima opinione sostenuta da Bérenger e da Jollivet era per la soppressione dell'articolo, perchè distruttivo de' vantaggi che la legge imprime a' titoli autentici: Colui che per prova del suo credito richiede un titolo autentico di cui si fa rilasciare copia esecutiva, ricorre a questo mezzo di pruova per mettersi al coverto di tutti gli avvenimenti, e quindi la pruova della soddisfazione non deve risultare che da una quietanza. E d'altronde, come conciliare l'articolo proposto coll'attuale regime ipotecario, che vuole per la cancellazione dell'iscrizione la esibizione di un titolo positivo di liberazione?

Dall'altra parte si conveniva di doversi accordare la preferenza alla dottrina della Commissione che, in contraddizione di quella degli autori del progetto, ammetteva in massima di costituire la restituzione della copia esecutiva una presunzione di remissione del debito, o di pagamento. Ma la discordanza del Consiglio cadeva sul secondo comma del proposto articolo, che imponeva al debitore la pruova di essere stata volontaria la restituzione della copia esecutiva. Quindi il Consiglio si divise, per questo parte, in due opinioni.

Si diceva da una parte, e Cambacérès era uno de' principali fautori di questa dottrina, che se la restituzione della copia esecutiva stabilisse di pieno dritto la presunzione che il debitore è liberato, salvo al creditore a distruggerla con pruova contraria, sarebbe a temere che la maggior parte de' creditori ignorando che la restituzione deve avere questo effetto, non si trovassero ingannati. La distinzione di Pothier, diceva Cambacérès, presenta una regola più naturale e più sicura. Allorchè il titolo è privato, la restituzione fattane al debitore fa pruova della liberazione, salvo al creditore di distruggere questa presunzione con de' fatti provati. Ma la restituzione della copia esecutiva, da se sola niente decide. Potendo il creditore proccurarsi un'altra copia, può abbandonare la prima al debitore, senza volontà di liberarlo. Ciò non pertanto, siccome à potuto così, restituendola, voler rinunciare all'uso del suo titolo, si eleva contro di lui una *presunzione cominciata*, che, quando è sostenuta da altre circostanze, può divenire una *presunzione completa*. Ma è allora il debitore che l'invoca; è dunque il debitore che deve stabilirla, provando le circostanze da cui una tal presunzione trae la sua forza.

Dicevasi per l'opinione contraria, che non era giusto di obbligare il debitore a provare che la restituzione della copia esecutiva era stata volontaria. La restituzione è sempre supposta volontaria, sino a che il creditore non prova di aver avuto luogo per sorpresa o per altro accidente. Che se la distinzione di Pothier, tra la restituzione della scrittura privata e la copia esecutiva, era base della disposizione dell'art. in controversia, la condizione di esigere dal *debitore* la pruova di essere stata *volontaria* la restituzione del titolo, renderebbe nella esecuzione presso che illusoria la disposizione dell'articolo, mentre la copia esecutiva è considerata quasi come il titolo originale, così che è vietato al notajo (*per l'art. 41 della legge sul notariato*) di rilasciarne una seconda senza il permesso del Presidente del Tribunale, e che il permesso non è accordato che sulla pruova di essersi smarrita la prima, o che il credito non è stato estinto. Bisogna quindi stabilire che la liberazione è avvenuta con la restituzione della copia esecutiva, salvo *al creditore* di provare che la copia esecutiva non è uscita dalle sue mani per effetto di una remissione volontaria.

Dopo questa discussione, il processo verbale del Consiglio si chiude così: *l'articolo è adottato con la distinzione stabilita da Pothier:* Locré, t. 6, p. 94 a 96, n. 6 e 7.

Sicchè dunque il Consiglio, come si raccoglie dalla riferita discussione, nel decidere che l'articolo era adottato con la distinzione stabilita da Pothier, cioè tra la restituzione del titolo privato (*di cui si è parlato nella nota precedente*) e quella della copia esecutiva, non decise in termini formali la quistione che ci occupa, val dire, se la pruova di essersi la restituzione della copia esecutiva fatta volontariamente dal creditore, incumba al debitore o al creditore. Ma siccome nella redazione diffinitiva si soppresse il secondo comma che obbligava il debitore a fare questa pruova, e si sostituirono in vece le parole, *salva la pruova in contrario*, come si legge nell'art. 1237, pare chiaro che prevalse l'opinione contraria a quella di Cambacérès, e che sembra la più ragionevole, perciocchè quando si è elevata a presunzione di liberazione o di remissione la restituzione della copia esecutiva del titolo creditorio, la pruova contraria non dev'essere fatta dal debitore che à in suo favore la presunzione, ma dal creditore che vuole distruggere questa presunzione. E perciò

Delvincourt (lib 3, cap. 5, sez. 3) traduce il testo dell'art. 1237 così: *la consegna della copia esecutiva di cui esiste minuta, non fa presumere la remissione del debito od il pagamento, che quando IL CREDITORE non è in istato di fare la pruova contraria.* Toullier, t. 7, n. 326; Duranton, t. 12, n. 365; Pardessus, n. 224.

È naturale la conseguenza, dopo ciò che si è detto, che la restituzione di una copia non esecutiva di un titolo di cui esiste la minuta, non stabilisce alcuna presunzione di remissione a favore del debitore. Duranton, t. XII, n. 366.

II. *Altri fatti da' quali le leggi civili desumono la presunzione di liberazione.* — Oltre al caso della restituzione volontaria della copia esecutiva, la legge considera due altri fatti qual presunzione di pagamento, produttiva di liberazione, e sono: 1.° l'annotazione scritta dal creditore sul titolo creditorio, fa fede quando tende a dimostrare la liberazione del debitore, art. 1286; 2.° la quietanza data dal creditore pel capitale, senza riserva degl'interessi, fa presumere il pagamento degl'interessi ancora, art. 1780.

III. *Disamina di talune presunzioni legali ammesse dall'antica giureprudenza in favore della liberazione o della tacita remissione del debito; e se desse abbiano forza di presunzione legale sotto l'impero del codice.* — Poichè le leggi romane in molti casi stabilirono delle presunzioni di remissione tacita o liberazione, gl'interpetri elevarono per via di argomento di qualche legge delle regole poco sicure e spesso contrastate in materia di remissione tacita o liberazione presunta. Giova adunque rimontare all'origine di questa discussione.

La l. 3, C. *de apochis publicis* stabiliva che colui, il quale con tre apoche consecutive dimostrava di aver pagato il tributo, non potesse per gli antecedenti pagamenti esser molestato. E siccome l'identità di ragione importa l'identità di dritto, gl'interpetri estesero siffatta regola al pagamento delle rendite de' privati; val dire, che la prova fatta da' privati con un'apoca di tre annate di rendita, di frutti o d'interessi, documentava a sufficienza il pagamento delle annate precedenti, a meno che il creditore non si fosse protestato dell'arretrato, o altrimenti provato il contrario. Nello stesso modo, per le rendite da pagarsi a terzi o a semestri, la prova del pagamento degli ultimi tre terzi o semestri, faceva presumere il pagamento de' precedenti. Menochio lib. 3, *praesumt.* 139; Mascardo, *de probat., conclus. 1326;* Fabro, C., lib. 8, tit. 30, *def.* 32; Voet, tit. *de solut.*, n. 14 *et ibi laudatos;* de Franchis, *dec. 137, 301, e 730;* Pothier, n. 846.

La l. 24, ff. *de probat.* annoverava la cancellazione del titolo di credito tra le presunzioni legali di pagamento o di remissione. Menochio, lib. 3, *praesumt.* 141; Vinnio, *tract. de pactis*, cap. 12, n. 10; de Franchis, *decis.* 361; Genua, *de scriptura privata*, lib. 1, *quaest. 4*, n. 161; Pothier, *obligat.*, n. *847;* Domat, lib. 3, tit. 6, sez. 4, n. 12.

La celebre l. *Procula 26 ff. de probat.* ammetteva la presunzione di remissione tacita del debito nel seguente caso. Dovendo una sorella conseguire dal fratello un credito di gran quantità per ragion di fedecommesso, non lo avea a lui richiesto finchè era vissuto, nell'atto che per varie cause ella gli avea spesso pagate delle somme. Per tutte tali circostanze l'imperador Comodo non ammise, come riferisce Papiniano, la domanda della sorella contro gli eredi del fratello al pagamento del fedecommesso, *quasi tacite fratri fideicommissum fuisse remissum.*— Da questa legge la glosa e molti dottori (Menochio, lib. 3, *praesumt.*, 60 e 135; Mart. Medices *exam.* 53, n. 52 a *Decis. 84 e 85;* Caesar Carena, *resol. 108*, n. 1) avean dedotta la regola, che a presumersi non che una tacita remissione del debito, ma anche un pagamento, si richiedeano tre condizioni, cioè *ratio sanguinis, taciturnitas longi temporis*, e *saepius facta calculatio.* Altri dottori (tra quali Fabro, *de erroribus pragmat., decad. 1, error 2, n. 21*, e Morlino *contr. 2. cap. 52*, n. 2, 3, 4 e 5) insegnarono che non si richiedevano queste tre circostanze così esposte dalla glosa, poichè anche tra estranei poteva la presunzione militare; o secondo Brunemanno su d. legge, le circostanze rammentate potevano essere supplite da equipollenti, *aequipollentia indicia.*

Da ciò quindi un principio stabilito dagl'interpetri per dedurre che un cumolo di circostanze autorizzava il giudice a presumere il pagamento o la remissione. Eccone la serie di queste principali circostanze che venivano riputate di tanta efficacia.

1.° *Taciturnitas creditoris*, il silenzio cioè serbato per molti anni dal creditore nel non chiedere il pagamento del debito. Non erano di accordo gl'interpetri nel definire il tempo preciso del silenzio del creditore, donde desumerne la soddisfazione del debito. Secondo Afflitto, *dec. 13*, si richiedeva un silenzio di 60 anni; ma Menochio, lib. 3, *praesumpt. 135* limitava il silenzio al tempo di 30 anni, e questa opinione fu eseguita da moltissimi interpetri, di cui vedine l'enumerazione in Thoro, *compend. decis.* verbo *solutio, sive receptio.* Per altro Odierna, *controv. 13, n. 46* reputava sufficiente a far presumere il pagamento, il silenzio di dieci anni.

1238. La tradizione della scrittura originale sotto firma privata, o della

---

2.° *Conditio debitoris et creditoris* era la seconda circostanza: val dire, il silenzio del creditore faceva presumere la soddisfazione, quante volte avveniva di non aver domandato il credito da un debitore solvibile, mentr'egli era in cattiva posizione, *egenus*. Afflitto, *dec. 13, n. 19, cum Ursillo*; Merlino, *dec. 124, n. 20 e seg.*

3.° La terza circostanza da prendersi in considerazione era, se il debitore nel testamento avendo parlato de'suoi creditori, non avesse poi fatto parola di quello del cui credito si contendeva; e se ne dava per ragione, *cum nemo praesumatur immemor salutis aeternae*. Bertazolo *cons. 108, n. 13*; Riminaldo juniore, *cons. 407*, n. 11; Hodierna, *contr. forens.*, *controvers.* 13, n. 41.

4.° Se il creditore non avesse domandato, malgrado che fosse decorso molto tempo, il pagamento in vita del debitore; e molto più se avesse atteso anche la morte dell'erede; perciocchè si presumeva di aver agito con dolo, onde coll'elasso del tempo si fosse perduta la pruova della soddisfazione. Afflitto, *dec. 13 n. 22 cum Ursillo*; Menochio, lib. 3, *praesumt. 135*, n. 20; Merlino, *cap. 87, n. 12*.

5.° Se dopo la morte del debitore, avesse il creditore fatta convenzione con l'erede per altri crediti, senza far parola di quello che viene a domandare dopo un certo tempo. Hodierna, *contr. 13, n. 44*.

6.° Se dal debitore di più quantità per diversi crediti, il creditore avesse ricevuto il pegno per qualche somma minore, era una circostanza da far presumere il pagamento delle altre, poichè altrimenti il creditore avrebbe chiesto il pegno per le somme maggiori. Afflitto, *dec. 13, n. 22 cum Ursillo*; Menochio, lib. 3, *praesumt. 155*, n. 22.

7.° Se il creditore avesse posteriormente contratto un debito col debitore, ed avesse a lui o all'erede pagato qualche cosa in estinzione del debito, questo fatto costituiva una congettura fortissima a far presumere la soddisfazione, mentre naturalmente, nell'esistenza del credito, non avrebbe il creditore pagato, ma il credito si sarebbe compensato. Afflitto, Menochio, *ibid.*, e Mascardo *conclus. 1325*.

8.° Quando il creditore ritenendo i beni del debitore, gliene restituiva taluni, pel rimanente si reputava soddisfatto. Afflitto, Menochio, ibid.; Merlino, *dec. 718, n. 2*; Mart. Medices, *exam. 53, n. 47*.

9.° Quando ne' libri del debitore godente buona fama si trovavano con ordine notate le partite di pagamento, era a presumersi la soddisfazione. Magon. *dec 95, n. 14*; Mart. Medices, *decis. 88, et exam. 53, n. 65*.

10. La quietanza pura del residuo del debito, faceva presumere il pagamento dell'intero debito. Moscard., *de probat.*, *conclus. 361*, e *134, n. 6*.

Influenza che possono avere le riferite presunzioni sotto l'impero del codice.—Le riferite presunzioni stabilite dal dritto romano e dagli antichi interpetri non anno sotto l'impero del codice il carattere di presunzioni legali, carattere che secondo l'art. 1304, non può essere attribuito se non con una legge speciale. Se non che è da osservarsi, che nelle cause il cui merito non oltrepassa il valore di 50 ducati, essendo per l'art. 1307 permesso al magistrato di pronunziare sulle semplici presunzioni dottrinali; il concorso di più circostanze riunite può far presumere il pagamento o la remissione del debito; ed il magistrato profitterà al certo in siffatta materia de' lumi sparsi nelle dottrine degli antichi interpetri. Che anzi è notevole, che anche negli affari in cui la pruova testimoniale non è ammessibile, le presunzioni di cui è parola nell'antico dritto possono essere valevoli a far presumere la remissione o il pagamento, perciocchè l'art. 1301 autorizza la pruova testimoniale in tutt' i casi in cui vi à un principio di pruova scritturale. Or vi à un principio di pruova scritturale nella maggior parte dei casi in cui l'antica giurisprudenza ammetteva la presunzione della remissione o liberazione, e quindi anche sotto l'impero del codice il magistrato può essere ammesso a far valere queste presunzioni, siccome osservano Delvinc., lib. 3, tit. 5, note 345, Toullier, t. 7, n. 335 a 340, e t. 10, n. 21 e 33, Pardessus, n. 265, e Duranton, t. 13, n. 432 e 433. Se quindi un debitore esibisca tre quietanze consecutive di pagamenti di rendite, si può presumere, senza eccesso di potere, la soddisfazione delle precedenti annate, come insegnavano gli antichi giureconsulti, sull'appoggio della l. 3, C. *de apochis pubblicis*. Similmente, se due o più persone avessero avuto molti affari, ed abbiano spesso fatto i conti tra loro di ciò che potevano reciprocamente doversi, e l'uno dopo più tempo domanda all'altro o a' suoi eredi una somma che pretende di aver somministrata prima di tutti questi conti, e di cui non à fatto mai alcuna domanda; nè avendone fatta alcuna riserva ne'suoi conti, si può presumere, sul fondamento della l. *Procula* ff. *de probat.*, o che questa somma non sia stata mai dovuta, o che gli sia stata pagata, o ch'egli l'avesse rimessa; perciocchè è la moltiplicità degli affari avuti tra le parti, i conti del rispettivo dare ed avere che rende verosimile il fatto allegato da far presumere la remis-

V. gli art. 1181, 1161, 1304 a 1306.

copia suddetta ad uno de' debitori solidali, produce lo stesso effetto a vantaggio degli altri debitori (1).

---

sione del debito; ed è la circostanza che non una sola volta, ma più volte si è omesse nei conti la compensazione del debito, che fa derivare la presunzione dalla tacita remissione, o la remissione essendo un fatto, i patti taciti non valgono meno che gli espressi, l. a, ff. *de pactis*. Debbonsi adunque, per istabilire questa presunzione di remissione, prendere in considerazione tutte le circostenze che concorrono nel fatto in disamina, senza delle queli il semplice silenzio del creditore a domandare per più anni ciò che gli era dovuto, niente stabilisce a favere della remissione. Senza il fatto de' moltiplici conti avuti tro il fratello e la sorella, non si verifica il caso della legge *Procula*, e perciò Cojacio stabilisce per regola, *observare vos oportet necessario, has omnes circumstantias, crebras solutiones, crebras variationes, crebro omissam compensationem fideicommissi, fideicommissum magnae quantitatis, et rationes gestas inter fratres: EXTRA HAS CIRCUMSTANTIAS NON EST HUIC DECRETO LOCUS.*

Consegue dal fin qui datto, che la remissione tacita non si può presumere che quando l'insieme de' documenti esibiti o le circostanze di cui sopra abbiamo discorso possono farla rilevare. Ma non bisogna perder di veduta, che non si deve tanto facilmente presumere la remissione, massime quando non conti per affari generali sieno passati tra il creditere e'l debitore, ma contrattazioni particolari, ancorchè potevano compensarsi. Imperciocchè, sebbene per regola tutto ciò che può domandarsi, può compensarsi, l. *in rebus* § *ult.* ff. *comod.*, pure l'avere il debitore pagato al creditore mille, mentre il creditere era suo debitore di simil somma, non bisogna perciò presumere che il debitare non avendo opposto la compensazione, abbia perciò fatto le remissione al creditore di ciò che costui gli doveva, art. 1253. Similmente, se tu mi devi cento in forza di un giudicato, e posteriormente ti do a mutuo altri cento, o tu mi rilasci un chirografo nel quale non fai parola degli altri cento di cui mi sei debitore in forza del giudicato, io posso al certo domandare i due crediti, secondo i due diversi titoli, nè tu mi puoi opporre la remissione dell'antico debito, solo perchè non se ne è fatta parola nel titolo che contiene la pruova del secondo, perciocchè era inutile rammentare l'antico debito che aveva la sua pruova derivante da un altro titolo, l. 29, ff. *de obligat. et act.*, e Cojacio sulla citata l. *Procula*.

(1) Presso gli antichi giureconsulti era molto controvertita, se la remissione fatta ad uno de' debitori solidali liberava egualmente gli altri. E siccome la remissione può essere espressa o tacita, così l'art. in esame risguarda gli effetti della remissione tacita rispetto a' condebitori solidali, e l'art. seguente diffinisce questo punto sotto il rapporto della remissione espressa.

La remissione tacita, dice l'art. in esame, fatta ad uno de' debitori solidali, libera egualmente gli altri; o in altri termini, la remissione tacita è *reale*, e non già *personale*. *Reale* è la remissione ch'estingue il debito, e per conseguenza libera tutti quelli che n'erano debitori; *personale* è quella che libera soltanto il debitore dalla sua obbligazione. Pothier, *obligat.*, n. 616 e 617.

Nell'ammettere l'art. in esame il principio, che la remissione tacita risultante dalla restituzione del titolo fatta ad uno debitore solidale sia *reale*, e per conseguenza libera i condebitori, il codice, secondo Toullier, t. 7, n. 329, si è appartato dalla dottrina contraria di Pothier. Ma qui Toullier s'inganna, poichè Pothier, anzi che insegnare di esser *personale* la remissione tacita, confutò questa dottrina, ed il n. 617 *delle obbligazioni* di Pothier, citato da Toullier, non risguarda (*vedi la nota seguente*) il caso della remissione *tacita*: questo caso è da Pothier contemplato nel n. 608, dove così si esprime: « Se il biglietto fosse stato sottoscritto da più debitori solidali, e 'l creditore l'avesse restituito soltanto ad uno di essi, alcuni dottori citati dal Brunneman, *l.* 2, *ff. de pactis*, hanno opinato che la restituzione non dovesse in questo caso far presumere, che una liberazione personale del debito che il creditore ha voluto accordare a quello cui ha restituito il biglietto. Io penso all'opposto, che si debba presumere ch'egli ha inteso di rimettere ed estinguere il debito interamente; perchè se non avesse voluto liberare che uno de' debitori, avrebbe ritenuto presso di sè il biglietto che gli era necessario per far pagare gli altri ».

La dottrina di Pothier adunque non è contraria all'art. in esame, anzi ne costituisce la ragion motiva. Non era contraria al dritto romano, anzi ha portato lume a quella greve quistione agitata dagli scrittori del dritto romano, e proposta da Baldo ne' seguenti termini: *si in uno instrumento continetur duo rei, et uni redditur instrumentum, an videatur liberatur uterque?* Oltre gli scrittori citati da Brunneman su questa quistione, ne fece pure una discussione Olea nel trattato *de cessione jurium*, tit. 1, *quaest.* 3, n. 31, 32 e 33, e Duareno, coment., sulle l. 2, ff. *de pactis*.

1239. La remissione o liberazione convenzionale a pro di uno de' condebitori solidali libera tutti gli altri, purchè contro di costoro il creditore non abbia espressamente riservato i suoi diritti.

In questo ultimo caso non può ripetere il credito, se non fatta deduzione della parte di colui al quale ha fatto la remissione (1).

V. gli art. 1131, 1161, 1183, 1304, 1319.

---

(1) I. Risulta dalla l. 16, *de accept.*, che la liberazione o remissione accordata ad uno dei debitori solidali, liberava per dritto romano i condebitori, poichè la remissione à l'effetto di un pagamento: Vinnio, *tract. de pactis*, cap. 12, n. 15; Voet, tit. *de duobus reis*, n. 5.

Sembra che Pothier, *obligat.*, n. 617, considerasse come personale (*vedi la nota precedente*) la liberazione accordata ad uno de' debitori solidali, ma nel n. 275 avea pur insegnato, che la remissione che il creditore facesse del debito ad uno de' debitori solidali libererebbe parimenti gli altri, quando apparisse che il creditore con questa remissione avesse avuto intenzione d'estinguere il debito pel totale. Al contrario, continua Pothier, se apparisse la intenzione di estinguere il debito soltanto per la parte cui ne era tenuto in faccia de' suoi condebitori colui al quale ne à fatto la remissione, questo debito sussisterebbe solidalmente contro gli altri debitori, fatta deduzione della parte di colui che à liberato, e di ciò che questi avrebbe dovuto sopportare per parte sua nelle porzioni di quelli fra i debitori che fossero insolvibili.

Questi principî di Pothier sono stati ritenuti dall' artic. in esame, spiegandosi, che con la remissione o liberazione convenzionale fatta ad uno de' debitori solidali si presumono liberati gli altri, ammeno che il creditore non abbia *espressamente* contro di costoro riservato i suoi dritti. E la parola *espressamente* non dove prendersi nello stretto senso; ma basta che dall' insieme dell' atto risulti che l' intenzione del creditore sia stata soltanto di liberare uno de' condebitori cui vien fatta la remissione, arg. dell' art. 1163; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 353; Toullier, t. 7, n. 329.

Si potrebbe a prima vista trovare una qualche contraddizione tra questo articolo e gli art. 1163 e 1164; ma ogni difficoltà scomparisce con la distinzione tra la remissione della *solidarietà*, dalla remissione del debito. La remissione fatta ad uno de' debitori solidali dalla solidarietà è personale, e questo punto è stato risoluto con gli art. 1163 e 1164; ma diversa è la remissione del debito a favore di uno de' debitori solidali, che per esser *reale* estingue l' obbligazione degli altri, se il creditore contro di costoro non si riserbi i suoi dritti. Questa importante osservazione non è sfuggita all' oratore del governo francese sig. Bigot-Préameneu nell' esposizione de' motivi. « La *remissione* di un debito, egli disse, ad » uno de' debitori solidali non si dee confondere colla *divisione* del debito che il creditore » fosse per permettere rispetto a quel tale debitore, o col pagamento che ne ricevesse.

» Allorchè, come in questi due ultimi casi, vi è una divisione determinata del debito, » si decise (*negli art. 1163 e 1164*) che non si dovrà conchiudere l' estinzione della solidalità. Ma nel caso della remissione o liberazione del debito a beneficio d' uno de' debitori solidali, la quistione sta nel sapere se vi è divisione di debito; e non si tratta soltanto dell' estinzione della solidarietà, ma dell' estinzione del debito stesso. Decide adunque la legge, che la divisione non è da presumersi in questo caso, e che il debito è del » tutto estinto, se non vi è espressa riserva. Il creditore poteva rimettere il debito totale » al condebitore come poteva da lui esigerlo, e nel dubbio dove vincerla il favore della » liberazione ». — Locré, t. 6, p. 175, n. 156.

II. Il secondo comma di questo articolo espressamente stabilisce, che se il creditore nel liberare un condebitore solidale dichiara di conservare il suo credito contro gli altri condebitori, egli non può esigere solidalmente dagli altri il credito, *se non fatta deduzione della parte di colui cui è fatta la remissione*. La ragione di questa *deduzione* è evidente. Ogni condebitore pagando il totale è surrogato nelle azioni del creditore contro i suoi condebitori per le loro parti, art. 1204; ed il debito solidale si divide tra i condebitori, art. 1167. Or essendosi il creditore pel suo fatto posto fuori di stato di poter cedere le sue azioni contro uno de' debitori; ne segue ch' egli non può domandare a ciascuno la quota di colui che à liberato: *repellitur exceptione cedendarum actionum*: vedi la nota 1, p. 305, e nota 1, p. 359.

Ma per la deduzione della *parte* nel debito di colui che vien liberato, bisogna intendere la parte *reale*, quella cioè per la quale il debitore à interesso nel debito; o pure la parte *virile*? Per esempio, Tizio e Cajo sono obbligati solidalmente a pagare mille a Mevio, ma il solo interessato in questo debito è Cajo, così che Tizio per l'art. 1169 non è a considerarsi che come un fidejussore. Il creditore Mevio fa la remissione del debito a Cajo con la riserva di conservare la sua azione contro Tizio. Si domanda: per effetto della riserva contenuta nell' atto di remissione fatta a Cajo, potrà il creditore costringere Tizio al paga-

V. gli art. 1941, 1943 e 1946.

1240. La restituzione del pegno non basta per far presumere la remissione del debito (1).

---

mento della metà del debito? Se per la *parte*, di cui è parola nell'art. in esame, s'intende la *virile*, l'azione del creditore è fondata; ma se dovrà intendersi la *reale*, la riserva contro Tizio è senza effetto, poichè egli era senza interesse nel debito. *Quid juris?*

E primieramente è da porsi mente, se il creditore conosceva che la parte virile del debitore cui fa la remissione è diversa da quella che costui à nell'interesse. Ignorando il creditore l'interesse che ciascuno de' debitori solidali à nel debito, è fuor di dubbio, che la deduzione della parte del debitore cui vien fatta la remissione deve intendersi per la *virile*. Supposto poi che al creditore fosse nota la differenza d'interesse di ciascun debitore nel debito, sostenne Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 355, che la deduzione deve intendersi nella parte *reale*, val dire che, nel proposto caso, il creditore, malgrado la riserva, non può agire contro Tizio, essendo l'interesse del debito tutto del debitore cui à fatta la remissione. Questa dottrina è stata impugnata da Toullier nel t. 7, nota al n. 329, il quale è di opinione, che anche nella scienza del creditore dell'interesse di ciascuno de' debitori nel debito, la deduzione della parte di colui al quale vien fatta la remissione deve intendersi della *virile*.

A noi sembra preferibile la opinione di Delvincourt, e sottomettiamo alla saviezza dei Tribunali due ragioni che sono, a nostro modo di vedere, decisive:

1.° La remissione a pro di uno de' condebitori solidali estingue definitivamente la sua obbligazione, e la riserva del creditore contro gli altri condebitori non può in verun caso far rivivere l'obbligazione del liberato: *obligatio semel extincta non reviviscit.* Or questo si verificherebbe appunto nel sistema di Toullier; perciocchè il coobligato solidale che non à verun interesse nel debito, convenuto dal creditore per effetto della riserva fatta nell'atto di liberazione a favore dell'unico interessato nel debito, si rivolgerebbe senz'alcun dubbio contro di costui, per esser rivaluto di ciò che à pagato al creditore, giusta gli art. 1169, 1893 e 1900. Colui adunque che fu liberato dal creditore, non lo sarebbe più per fatto dello stesso creditore; si vedrebbe lo sconcio, che ritornerebbe a rivivere una obbligazione di già estinta; si toglierebbero alla remissione gli effetti necessarî.

2.° Non si mette in dubbio che, liberato dall'obbligazione di pagare il debito, il debitore cui vien fatta la remissione, rimangono estinti i privilegi e le ipoteche che il creditore avea sopra i costui beni, art. 2074. Non si mette neppure in dubbio, che il condebitore solidale che paga il creditore è surrogato nelle ragioni del creditore contro i suoi condebitori per la rispettiva quota nel debito, art. 1204, n. 3; e che il creditore, il quale per suo fatto non può surrogare il condebitore, non può costringerlo al pagamento, siccome abbiam' osservato nella nota 1, pag. 305. Dalla combinazione di questi principî ne deriva un valido argomento per dedurne che la riserva del creditore contro i condebitori di colui che à liberato, deve intendersi della parte *reale* nel debito, e non della *virile*. Imperciocchè, il creditore che non ignora che l'interessato nel debito è colui cui à fatto la remissione, non deve neppure ignorare che gli altri condebitori non sono che fidejussori in faccia al condebitore liberato, così che debbono essere rivaluti di tutto ciò che pagano al creditore con la surrogazione nelle costui ipoteche e privilegi. Ma se fosse permesso al creditore che si à riservato le azioni contro i condebitori del liberato unico interessato nel debito, di convenirli pel pagamento della loro quota virile, avverrebbe che i condebitori convenuti e non interessati, non potrebbero avvalersi delle ipoteche del creditore contro il debitore liberato, perchè la liberazione avendo estinta la obbligazione del liberato, trovansi altresì estinte le ipoteche annessevi. Il fatto adunque del creditore sarebbe di pregiudizio a' condebitori, ciò che non dev'essere autorizzato.

Nè ci smuove l'obiezione di Toullier, che la riserva del creditore contro i condebitori è sufficiente a dimostrare, che la remissione si è fatta al debitore interessato per la sua parte virile, altrimenti la riserva non avrebbe alcun effetto. Non vogliamo avvalerci per risposta a questa obiezione, di ciò che dice Delvincourt, che la riserva non può distruggere gli effetti necessarî attaccati all'atto; ma diremo che la riserva autorizzata dall'art. in esame suppone il caso ordinario della solidarietà, nella quale tutt'i debitori sono interessati o egualmente o in proporzione, art. 1167; e d'altronde dicendo l'art. in esame, *fatta deduzione della parte di colui cui è fatta la remissione*, il legislatore à inteso coordinare questa disposizione all'art. 1167. Quando di più debitori solidali uno è l'interessato, non si dice la *sua parte* nel debito, ma, come dice l'art. 1169, *tutto* il debito è suo.

(1) Questa disposizione è ricavata dalla l. 3, ff. *de pactis*, e Duareno su d. legge ne dà per ragione: *pignus in hoc potius redditum, ut eo utatur debitor, quam ut ipse liberetur*,

1241. La remissione o liberazione convenzionale accordata al debitor principale libera i fidejussori: quella accordata al fidejussore non libera il debitor principale: quella accordata ad uno de' fidejussori non libera gli altri (1).

V. gli art. 1897, 1898, 1905, 1909.

---

lex praesumit; o come dice Peresio su d. tit. del Codice, n. 4: *pignus tantum continet causam accessoriam, qua sublata, remanet nihilominus id, quod est principale.* È egualmente precisa la ragione che dà Coccei (*controv.* lib. 2, tit. 14, *quaest.* 3) perchè la restituzione del pegno non fa presumere la remissione del debito: *pignore reddito manet debitum, quia duae sunt obligationes, alia debiti, alia securitatis; illa in re debita, haec in pignore consistit, ac proinde remissa, altera salva manet, arg. l. 25, ff. de probat., l. 22, ff. donat.*

(1) I. *La remissione o liberazione convenzionale accordata al debitore principale libera i fidejussori.* — È questa la prima disposizione dell'art. in esame, la cui ragione è evidente. Estinta l'obbligazione principale del debitore, si estingue altresì quella de' fidejussori che n'è accessoria, l. 37, 6 e 68 § 2, ff. *de fidejussoribus*. Vedi la nota 2, p. 267.

Eccezione. — Questa regola soffre eccezione quando la remissione accordata al debitore principale è forzata per effetto di un *accordo* regolare, secondo le regole degli art. 511 e seg. delle *l. di eccezioni*. L'accordo non libera certamente i fidejussori del fallito per la parte che a lui vien rimesso il credito per effetto dell'accordo; poichè il creditore precisamente nel timore di non esser pagato interamente dal debitore richiede fidejussori. Il debitore per effetto dell'accordo, è pienamente liberato da tutto ciò ch'eccede le somme, cui i crediti sono stati ridotti; egli non può essere ulteriormente molestato nè nella persona, nè nei beni che venisse ad acquistare ulteriormente; e conseguentemente il fidejussore obbligato a pagare al creditore il compimento del debito, non può farsene rimborsare dal debitore. Il fidejussore soffre questa perdita, come vi sarebbe stato obbligato il creditore, se non avesse avuto dritto contro di lui. Non può imputarsi al creditore che aderendo all'accordo, trovasi nell'impossibilità di surrogare il fidejussore ne' suoi dritti; perciocchè questa impossibilità non deriva dal fatto del creditore, ma è una conseguenza necessaria dell'accordo che la legge ritiene come utile alla massa de' creditori. D'altronde, il fidejussore essendo creditore del fallito è dovuto esser chiamato a presentarsi all'assemblea de' creditori, ed à fatto o pur no opposizione all'accordo. Se non à fatto opposizione, egli stesso à giudicato ch'era impossibile di ottenere dippiù dal debitore, ed in tal caso non può fare alcun rimprovero al creditore. Lo stesso à luogo se la opposizione fatta è stata rigettata, poichè evvi allora un giudicato che à dichiarato utile l'accordo. Ma se l'opposizione viene ammessa, l'accordo non è obbligatorio, e quindi l'adesione del creditore all'accordo medesimo si considera in questo caso come una remissione volontaria che toglie, giusta l'art. in esame, il dritto al creditore di agire contro il fidejussore, perchè costui trovasi per fatto dello stesso creditore nella impossibilità di esser surrogato nelle ragioni contro il debitore, art. 1909. Pothier, *obligat*, n. 381 e 617; Toullier, t. 7, n. 330; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 355; Pardessus, *droit comm.*, n. 224 e 1247; Duranton, t. 10, n. 540, e t. 12, n. 376, 377 e 378.

II. *La remissione accordata al fidejussore non libera il debitor principale.* — L'obbligo del fidejussore non è che accessorio, ed il dritto del creditore rimane perciò intero con la remissione fatta al fidejussore. È questa la disposizione della seconda parte di questo articolo, che trova il suo appoggio nella l. 26, § 3, ff. *mandati*. Domat, lib. 3, tit. 4, sez. 3, n. 12.

S'intende qui parlare della remissione *gratuita* fatta al fidejussore: vedremo nell'art. seguente, che se il creditore avesse ricevuto dal fidejussore una somma per liberarlo dalla fidejussione, questa somma andrebbe in discarico del debito.

III. *La remissione accordata ad uno de' fidejussori non libera gli altri.* — Non solo il debitore principale non è liberato con la remissione del debito fatta al fidejussore; ma soggiunge la terza parte di questo articolo, che sendo più i fidejussori, la remissione accordata ad uno non libera neanche i confidejussori. La remissione fatta ad uno de' fidejussori viene considerata come personale, uniformemente alla l. 23, ff. *de pactis*, ed alla l. 15, § 1, ff. *de fidejus.*

Devesi però osservare, che quando il creditore à fatto remissione ad uno de' fidejussori, non può agire contro gli altri obbligati con lo stesso atto, che dedotta la *parte* del fidejussore obbligato; perciocchè i fidejussori anno tra loro il regresso per la rispettiva quota, pel quale regresso sono surrogati nelle ragioni del creditore, art. 1905 e 1204, n. 3. Or avendo il creditore fatta remissione ad uno de' fidejussori, si è messo per *suo fatto* nella impossibilità di surrogare, giusta l'art. 1909, i confidejussori. Pothier, *obligat.*, n. 617; Toullier, t. 7, n. 331; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 349; Duranton, t. 12, n. 375.

V. l'art. 1205.

1242. Ciò che il creditore ha ricevuto da un fidejussore per liberarlo dalla cauzione, dee imputarsi nel debito, e portarsi in discarico del debitor principale e degli altri fidejussori (1).

Abbiamo detto che questa deduzione della *parte* del fidejussore liberato deve farsi quando i fidejussori sono obbligati con lo stesso atto, poichè è allora che i confidejussori dovettero contare sul rispettivo regresso. Ma, se il debitore dà al creditore un altro fidejussore, con atto posteriore, la liberazione fatta a costui non impedisce al creditore di agire per lo intero contro gli altri confidejussori, mentre non essendosi eglino con quest'ultimo obbligati, non avrebbero avuto contro di costui alcun regresso. Pothier, *obligat.*, n. 557, e Duranton, t. 12, num. 375.

Devesi in ultimo osservare, che la regola stabilita in questo articolo, che la remissione accordata ad uno de' fidejussori non libera gli altri, non à luogo quando la fidejussione è stata contratta *solidalmente*, poichè in questo caso essendo essi considerati come coobbligati solidali, art. 1893, è loro comune la disposizione dell'art. 1239. Pothier, *obligat.*, n. 557; discussioni del Consiglio di Stato, in Locré, t. 6, p. 96, n. 9; Toullier, t. 7, n. 331.

(1) Fu famosa presso gli antichi giureconsulti la quistione, se la somma dal fidejussore pagata al creditore per liberarlo dalla sua obbligazione, dovesse considerarsi come data in pagamento ed a conto di deduzione del debito, o piuttosto come prezzo della liberazione della fidejussione. Molineo nel suo trattato *de usuris, quaest. 34*, faceva una distinzione. Se all'epoca in cui il creditore liberava il fidejussore avea motivo di temere l'insolvibilità del debitore principale, poteva egli ricevere lecitamente dal fidejussore un prezzo della liberazione; ma se il timore d'insolvibilità non eravi, il prezzo della liberazione del fidejussore dovesse imputarsi sul debito. Pothier (*obligat.*, *n. 618*) nel riferire la dottrina di Molineo, inclinava a sostenere, che quando un fidejussore dona qualche cosa al suo creditore per essere liberato dalla sua obbligazione, si dee presumere nel foro esterno che vi fosse un motivo di temere l'insolvibilità del debitore, poichè non si può presumere che uno dia qualche cosa senza una causa: *nemo res suas jactare facile praesumitur.*

La medesima quistione si riprodusse presso il Consiglio di Stato di Francia nella compilazione di questo articolo. Si diceva da una parte, che la considerazione della sicurtà che nasce dalla fidejussione fa sì che ordinariamente il creditore esige un interesse meno forte dal debitore; dunque, allorchè rinuncia il creditore a questa sicurtà, egli e non il debitore deve ricevere il prezzo di questa rinunzia. È vero che qualche volta un simile trattato può offendere la delicatezza; ma è pur vero che bene spesso il creditore, risguardata la insolvibilità del debitore o del fidejussore, si determina a sciogliere il fidejussore dalla garantia, mediante un prezzo che, atteso i rischi che corre il creditore, è giusto dargli una indennità. D'altronde la disposizione della legge sarebbe facilmente elusa; poichè, mancando il creditore di delicatezza, riceverà il prezzo mediante il quale rinuncia alla fidejussione, ed intanto esprimerà nell'atto una rinuncia pura e semplice.

Si diceva dall'altra parte, che il creditore nel ricevere la fidejussione non ebbe altr'oggetto che di provvedere alla sicurezza del credito: or, allorchè egli riceve una somma, quest'oggetto è in parte conseguito sino alla concorrenza della somma che riceve, la quale diminuisce realmente il debito. La fidejussione è un servizio per sua natura gratuito, e per questo motivo la legge accorda il favore a' fidejussori; il mezzo n'è di far tornare a loro profitto un rimborso parziale che discarica per questa parte il debitore. La obiezione, che la frode potrebbe eludere la disposizione della legge, non è di alcun valore, poichè la legge non si lascia eludere dalla frode. Si conchiuse perciò che la disposizione dell'articolo era conforme a' principi della giustizia ed allo spirito del contratto di assicurazione.

Queste ragioni prevalsero, e l'art. fu adottato: *Locré, t. 6, p. 96 e 97, n. 9.* — È facile quindi, premessa questa discussione, comprendere ciò che l'oratore del governo intese dire motivando la disposizione dell'art. in esame. « I giureconsulti, egli disse, erano divisi sulla quistione, onde sapere se ciò che il creditore ricevette da un fidejussore per liberarlo dalla sua fidejussione debba essere computato sul debito, e sollevare il debitore principale e gli altri fidejussori.

» Si disse a favore del creditore, che ciò che ricevette fu il prezzo del rischio al quale fu esposta la fidejussione, e che se volle assumersi tal rischio, non si dee dedurre che abbia accordata la liberazione di porzione del debito.

» Quest'opinione non è speciosa che nel caso in cui si temesse l'insolvibilità del debitor principale. Ma in qual guisa provare che vi fu rischio d'insolvibilità, e non si dee egualmente temere che questo non sia un mezzo di frode rispetto agli altri fidejussori, se il creditore e 'l debitore vanno d'accordo; onde la somma pagata non sia imputata sul debito?

Questa imputazione è stata ordinata. » — Locré, t. 6, p. 175, n. 159.

SEZIONE IV.

Della compensazione (1).

1243. Quando due persone son debitrici l'una verso l'altra, ha luogo tra esse una *compensazione* che estingue i due debiti, nel modo e ne' easi da esprimersi appresso (2).

---

(1) La compensazione di cui qui si discorre è in se stessa un vero pagamento; e da ciò nasce che vien dalla legge annoverata tra i modi di estinguere le obbligazione.

Le cose ad esaminarsi in questa seziano sono le seguenti:

1.° Che cosa è la compensazione, o quante specie di compensazione si riconoscono: *artic. 1243: vedi la nota seguente.*

2.° La compensazione si fa *ipso jure*, ed effetti di questo principio: *articolo 1244 e nota 1, pag. 410 e 411.*

3.° Quali condizioni debbono concorrere perchè la compensazione legale abbia luogo: disamina della compensazione in materia di successione beneficiata e di fallimento: disamina della compensazione *facoltativa: artic. 1245 e 1246: nota 1, pag. 412 a 419.*

4.° Quali debiti non possono di loro natura essere compensati, quantunque riuniscano le condizioni prescritte dall'art. 1245: *art. 1247, con le note.*

5.° La compensazione non può pregiudicare i dritti del terzo, e sviluppamento di questa regola: *art. 1249, 1252, con le note.*

6.° Rinuncia alla compensazione, ed effetti di questa rinuncia: *art. 1253 con la nota.*

(2) La compensazione è la liberazione reciproca tra due persona che si trovano essere nel tempo stesso creditrici e debitrici l'una verso l'altra, in modo che ciascuna di esse ritiene per pagamento della somma che le è dovuta, quella che debbo l'altro. *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*, dice la legge 1, ff. *de compensationibus*; cioè, siccome spiega Donello (*coment. juris civilis*, lib. 16, cap. 15), *debiti et crediti inter se confusio nata ex mutua utriusque in unum contributione, in utriusque litigatoris persona.* — Così, per esempio, Tizio è debitore di Cajo di ducati mille, e Cajo è creditore di Tizio in ducati mille e dugento, sino alla concorrenza di ducati mille, *quoad concurrentes quantitates*, i due debiti si trovano estinti, mediante la compensazione; l. 4, C. *de compensat.*

È la compensazione, da ciò che abbiam detto, una specie di pagamento, l. 4, C. *de compensat.*, e da' dottori, sul fondamento della l. 4, ff. *qui potior. in pig.*, è considerata come una finzione di legge, Surdus, *cons. 142, n. 12*, e *cons. 82, n. 4, lib. 1*; poichè i due debiti si estinguono con un pagamento fittizio, poichè non si caccia danaro nè dall'uno, nè dall' altra parte. La utilità che risulta da questa finzione è sensibile, scorgendosi ch'essa evita il giro di due pagamenti che si dovrebbero realmente fare, se abbisognasse che ciascuno de' due debitori, contemporaneamente creditori scambievoli, pagasse prima la somma che deve, e quindi la riprendesse onde venir soddisfatto dal suo canto; e questa idea viene energicamente presentata dalla l. 3, ff. *de compensat.*: *compensatio*, essa dice, *necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum petere.* Conseguentemente ben dicono i dottori, invocando l'autorità della l. 18, ff. *de compensat.*, che la compensazione è un mezzo introdotto dall'equità naturale e dalla legge civile, per operare la liberazione del debitore e per sottrarlo dalle domande di un creditore che gli è debitore da sua parte. Imperciocchè, per un verso non sarebbe ragionevole di ricevere una cosa che si sarebbe in obbligo di restituire all' istante, giusta l'assioma di dritto che dice: *dolo facit, qui petit quod redditurus est eidem*, l. 8, ff. *de dolo.* Ed è, da un altro canto, di maggior vantaggio non dover pagare, ch'esser poi obbligato a farsi restituire ciò che prima si è stato costretto a dare in pagamento: *ex parte vero rei utilius est non solvere, quam repetere solutum*, l. 3, ff. *de solut.* Nè va dubbio inoltre, che è volontà della legge che le liti sieno piuttosto diminuite, l. 21, ff. *de reb. creditis.* Donello, *coment. jur. civ.*, lib. 16, cap. 15; Voet, tit. *de compensat.*, n. 1; Pothier, *obligat.*, n. 623.

Si riconoscono due specie di compensazione, la *legale* o la *facoltativa*. La compensazione *legale* è quella che è ammessa dalla legge e produce il suo effetto *ipso jure*, siccome sarà spiegato nella nota seguente. La *facoltativa* o detta altrimenti *ope exceptionis* è quella che non riunisce le condizioni volute dalla legge per operare *ipso jure* l'estinzione de' due debiti, ma colui nel cui interesse non può essere invocata la compensaziona rinuncia al beneficio della legge, ed oppone che la compensazione abbia luogo. Di questa specie di compensazione discorreremo nelle pag. 419.

V. l'art. 1250.

1244. La compensazione si fa *ipso jure* per sola operazione della legge, ed anche senza saputa de'debitori. Nel momento in cui i due debiti esistono contemporaneamente, si estinguono reciprocamente fino alla concorrenza delle rispettive lor quantità (1).

---

(1) I.— *La compensazione si opera* IPSO JURE.—Poichè la legge, siccome obbiam'osservato nella nota precedente, assimilo la compensozione ad un reale pagamento, per lo quale cessa l'azione del creditore contro del suo debitore, ne consegua che senza venir domandata à da se stessa e di pieno dritto il suo effetto: *compensatio solutioni aequiparatur et tollit ipso jure actionem*, l. 4, ff. *qui potiores in pignore*. Per produrre adunque il suo effetto la compensazione non à bisogno del fatto dell'uomo, non è che produce il suo effetto dal giorno in cui viene opposta, mà la compensazione fa considerare come pagate le somme in concorrenza delle loro quantità rispettive, dal momento in cui si sono incontrate. Egli è vero che, nell'antico dritto romano, si distingueva su questo proposito fra le azioni che si chiamavano di *buona fede* e le *azioni di stretto dritto*; che in queste, la compensazione non si operava se non per mezzo dell'eccezione di dolo, e per conseguente, non altrimenti che dal giorno in cui proponevasi quest'eccezione; e che alle prime soltanto era limitato il principio della compensazione operata di pieno dritto, pel concorso de' due debiti reciproci. Ma questa differenza fu abrogata da Giustiniano con la l. 14, C. *de compensationibus*, con lo quale volle che in tutta la azioni indistintamente, la compensozione avesse luogo di pieno dritto, ed è a questa legge ch'egli fa allusione nelle sue instituta, tit. *de actionibus*, § 30: Cujacio, *quaest. papin.*, sulla l. 16, ff. *de compensat*; Donello, *coment. juris civilis*, lib. 16, cap. 15.

Non bisogna dissimolare che de'glossatori del secolo decimo quinto insegnarone, che con le parole *ipso jure* la citate leggi non volevano intendere che la compensazione operasse il suo effetto senza essere opposta dalle parti, poichè eglino deducevano dalla l. 1, ff. *de injusto rupto*, dalla l. 7, § 1, C. *ad trebellianum* e da varie altre leggi del digesto a cha mentre le leggi adoperano espressioni *ipso jure*, l' effetto dell' azione non à luogo che sulla domanda delle parti e dal giorno in cui è stata proposta: *vide per tot. Capocelatro, decis. 25*. Ma questa teorica è stata respinta dal consenso degli scrittori eruditi, e tutt' i lessicografi si accordarono nell'attaccare alle parole *ipso jure* l'idea che la compensazione agisse da se medesima, senza la cooperazione dell'uomo; ch'esso à luogo per sola autorità della legge, che produce il suo effetto prima che la parte interessata a farla valere, l'abbia opposta; avanti che il giudice abbia accolta lo sua eccezione. Brissonio dice: *IPSO JURE fieri dicitur, quod ipsa legis potestate et auctoritate, absque magistratus auxilio et sine exceptionis ope, fit.* — L' altro lessicografe è Spigelio, che così si esprime: *verba, IPSO JURE, intelliguntur sine facto hominis.*—Pratejo, altro celebre lessicografo, si esprime non meno formale: *IPSO JURE consistere dicitur, quod ex sola legum potestate et auctoritate, sine magistratus opera, consistit.* La stesso cosa di Pratejo dice Calvino nel suo *lexicon juris*. E da ultimo Vicat, nel suo vocabolario di dritto, dica lo stesso con un poco più di sviluppamento: *IPSO JURE, id est, mero jure, sola juris civilis auctoritate, citra praetoris auxilium, interventum tuitionemve. Ipso ergo JURE, vel JURE in libris nostris fieri dicitur quod ipso jure civili et ipsa legis potestate et auctoritate, absque magistratus auxilio et sine exceptione opera fit. Ac proinde illi adversatur quod fit jure praetorio, vel per tuitionem praetoris.* — A questa spiegazione delle parole *ipso jure* data da'lessicografi si aggiunge l'autorità degli scrittori eruditi, donde consegue che se, per esempio, due eredi di due diverse successioni si trovassero, in questa qualità, rispettivamente debitori, l'uno di una somma di ducati due mila produttiva d'interessi, e l'altro di una egual somma che non ne produrrebbe, tal'interessi cesserebbero di decorrere dal giorno in cui l'ultimo si trovasse scaduto, ancorchè l'eccezione di compensazione si fosse molto posteriormente opposta, l. 4, C. *de compensat.*; e si vede bene che in questo senso è stato compilato l'art. in esame. Cujacio, *quaest. papin*, sulla l. 14, ff. *de compensat.*; Duareno, *coment.*, sul tit. del dig. e del Cod. *de compens.*, cap. 2; Vinnio, sul § 30, Inst. *de actionibus*; Peretius, C. tit. *de compensat.*, n. 4; Voet, tit. *de compensat.*, n. 2; Domat, lib. 4, tit. 2, sez. 1, n. 4; Pothier, *obligat.*, n. 635; Merlin, quistioni, v. *papier monnaie* (*carta monetata*) § 4; Toullier, t. 7, n. 344.

Non bisogna però perder di veduto una importante osservazione. Dicendosi che la compensazione à il suo effetto da se medesima a senza che sia domandata, così che il giudice nel caso di domande rispettive deve di officio compensare i debiti, non bisogna intendere con ciò che il debitore, il quale è altresì creditore, sia dispensato per tal riguardo di produrre la sua domanda per compensazione dinanzi al giudice: è necessario di fargli osser-

1245. Non ha luogo la compensazione se non tra due debiti che hanno egualmente per oggetto una somma di danaro, o una determinata quantità

V. l'art. 1250.

vare i suoi titoli su'quali è basata, acciò sia in istato di ordinarla con cognizione di causa; perciocchè questo giudice non saprebbe indovinare se, nel fatto, sia da farsi una compensazione, e se il creditore è reciprocamente debitore; non saprebbe egli aggiudicare che *secundum alligata et probata;* in modo che non può aver riguardo alla compensazione, se non è istruito che vi sia luogo ad ordinarla. Questo vuol dire la l. 2, ff. *de compensat.*, che il debitore citato in giudizio deve opporre la compensazione, *si paratus est compensare*. Peretius, Cod., lib. 4, tit. 31, n. 5; Pothier, *obligat.*, n. 635; Merlin, Rep. v. *compensat.*, § 1, n. IV; Toullier, t. 7, n. 344.

II, *Effetti della compensazione.* — Dal principio che la compensazione à luogo *ipso jure*, ne consegue:

1.° Che la compensazione non solo può opporsi in qualunque stato della causa ed in appello; ma anche dopo aver riportato condanna con decisione, poichè in dritto il pagamento o la compensazione estingue *ipso jure* l' obbligazione, l. 75. ff. *de solut.*, ancorchè si dimostri dopo il giudicato, l. 1, Cod. *de re judic.*; o d'altronde, chi oppone nell'atto dell'esecuzione la compensazione derivante da un titolo obliato nel giudizio, non impugna al certo il giudicato, ma lo riconosce: *cum qui judicati convenitur, compensationem sibi debitae pecuniae implorari posse nemini dubium est*, l. 2, C. *de compensat.* Matteo d'Afflitto, *dec. 121*; Fabro, C. lib. 4, tit. 23, *def.* 14; Perezio, C. lib. 4, tit. 31, n. 21; Voet, *ad pandectas*, *tit. de compensat.*, n. 2, *et ibi laudatos;* Pothier, *obligat.*, n. 640; Toullier, t. 7, n. 388. Delvincourt, l. 3, tit. 5, nota 371. Vedi però la nota in fine, all'art. 1253.

2.° Che un credito il quale abbia il suo fondamento su di un titolo esecutivo, può esser compensato con un altro ch'è giustificato con un titolo non esecutivo: ciò è una conseguenza diretta del n.° precedente, ed è stato insegnato dagli antichi giureconsulti, come può vedersi in Paolo di Castro, in l. 2, n. 1, Cod. *de compensat.*, Surdus, *decis.* 191; ed è stato deciso dalla Cass. di Parigi con arresto del dì 28 messidoro anno 13, in Merlin, Rep., v. *compensat.*, § 2, n. 1; Pardessus, *droit comm.*, n. 229. V. la pag. 415 in princ.

3.° Che se il debitore il quale poteva opporre la compensazione, abbia pagata una somma al creditore, egli può ripeterla, come colui che à pagato l' indebito; l. 3 a 10, § 1, ff. *de compensat.*; Voet, tit. *de compensat.*, n. 2; Pothier, *obligat.*, n. 639; arg. degli art. 1253 e 1331; Toullier, t. 7, n. 390; Duranton, t. 12, n. 457. Vedi la nota all'art. 1253.

4.° Che la compensazione fa cessare il corso degl' interessi sino alla concorrente quantità de'due debiti, l. 21, ff. *de compensat.*, e l. 4, C. *eod.*; Pothier, *obligat.*, n. 636; Toullier, t. 7, n. 387; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 370.

Da che segue, che tra coloro che sono scambievolmente debitori, come tra un tutore e'l suo pupillo, tra i coeredi, tra i socii ed altri, se v'à delle somme che producono interessi, i conti ed i calcoli debbono farsi anno per anno ed in maniera che si facciano le compensazioni e le deduzioni ne' tempi in cui le somme si trovano concorrere per compensarle, affinchè gl' interessi corrano o cessino di correre, secondo i cambiamenti che le compensazioni e le deduzioni possono arrecarvi; arg. l. 4, C. *de compensat.*, e 7, C. *de solut.*; Domat, lib. 4, tit. 2, sez. 1, n. 5; Toullier, t. 7, n. 387; Delvincourt, l. 3, tit. 5, nota 370.

Per ciò che riguarda la regola sulla cessazione degl'interessi quando la compensazione à luogo *ope exceptionis*, vedi la pag. 419.

5.° Che la compensazione estingue le fidejussioni e le ipoteche annessevi; l. 4, ff. *de fidejus.*, l. 12, Cod. *eod.*; art. 1248 e 1253.

6.° Che la compensazione impedisce la prescrizione, quando i due debiti sono esigibili; in guisa che, se siesi molestato pel pagamento di un debito, e che si voglia dare in compensazione un credito acquistato da più di 30 anni, si à certamente tutta la ragione di opporre che, dall'istante in cui il debitore divicne egli stesso creditore, e prima che i 30 anni fossero decorsi, la prescrizione fu interrotta, ed i debiti reciproci si trovano estinti mediante la compensazione. Per esempio, Tizio creditore di Mevio dall'anno 1810, è divenuto in seguito suo debitore nel 1830. Mevio domanda il suo pagamento nel 1841, a Tizio, il quale oppone la compensazione. Mevio la rigetta, allegando che il credito sia prescritto: la sua eccezione è mal fondata, perciocchè la compensazione essendosi operata di pieno dritto sin dall'anno 1830, epoca in cui la prescrizione del credito di Tizio non erasi compita, non v'à materia di prescrizione. Altrimenti sarebbe, se il credito di Tizio si fosse trovato prescritto all'epoca in cui nacque quello di Mevio, perciocchè un debito prescritto non può compensarsi con un altro che sia stato contratto dopo che la prescrizione erasi compiuta, *quaecumque enim per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt*, l. 14, ff. *de compensat.*; o lo stesso dovrebbe dirsi, se il credito di chi domanda si trovasse esigibile nel momento in cui si è di già operata la prescrizione del credito di chi oppone la

di cose *fungibili* della stessa specie, e che sono egualmente liquide ed esigibili.

V. l'art. 221, p c. Le prestazioni non controverse di grani o di derrate, il cui valore è regolato dal prezzo de' pubblici mercati, posson compensarsi con somme liquide ed esigibili (1).

---

compensazione; in guisa che, se eel proposto esempio, fosse scadute il credito di Mevio nel 1841, Tizio nnn potrebbe opporre la compensazione, perchè non potendo valere la *compensazione* che tra crediti esigibili, è chiaro che eel momento ie cui Mevio poteva esser pagate, trovavasi di già consomata la prescrizione del credito di Tizio. È questa la dottrina di molti antichi giurecensulti citati da Sagaldo, *labyrinthus credit.*, part. 2, cap. 28, n. 14 e 54; e più bellamente esposta così da Voet, tit. *de compensat.*, n. 14: *illa quoque debita*, egli dice, *quae temporaria sunt, intra certum tempus secundum leges aut consuetudines exigenda sub poena praescriptionis, cum alio debito perpetuam exactionem habente compensantur, si modo coeperit utrimque deberi, ANTEQUAM lapsum esset spatium quo temporalis obligationis ex lege vel more praescriptio impletur; ETIAMSI COMPENSATIO DEMUM POST TEMPORIS ILLIUS DECURSUM OBJICIATUR: cum tantum allegatur, jam tum eo tempore quo debitum utrimque consistebat, ab ipso jure contributionem ac confusionem ad quantitatem concurrentem contigisse.* La stessa dottrina è professata da' moderni giureconsulti: Merlin, quistioni, v. *papier monnaie* (*carta monetata*) § 4; e Rep. v. *compensation*, § 1, n. 7; Toullier, t. 7, e. 389; Duraeton, t. 12, a. 408.

7.° Che fioalmente la compensazione eon può aver luogo ie pregiudizio de' dritti de' terzi, poichè essendo una finzione di dritte (*v. la nota 2, pag. 409*) non è stata introdotta che in favore delle parti: sono una conseguenza di questo principio le disposizioni degli art. 1249, 1252 e 1253, su di che vedi le note a detti articoli.

(1) Perchè i debiti abbiano le qualità richieste per potere entrare in compensazione, debbono concorrere quattro condizioni: 1.° che sievi rassomiglianza ed identità tra i debiti che si cercan compensare; 2.° che sieno i debiti reciprocamente liquidi; 3.° che sieno reciprocamente esigibili; 4.° che sieno personali alle parti, ossia la compensazioee eon può farsi, se noe tra coloro i quali, nel loro neme proprio e personale, sono nel tempo stesso creditori e debitori l'eno verso l'altre. Qui è il luogo di discorrere in quattro distinti § queste quattro condizioni indisponsabili per operarsi la compensazione, e come en' appendice trattare la teorica della compensaziono ie materia di successione beneficiata e di fallimeoto, non che quella della compensazione facoltativa.

I.

Per quale specie di debiti la compensazione può essere ammessa.

La prima massima se questa materia si è, che, siccome la compensazione è un pagameeto (*nota 2, pag 409*), e eoe si può pagare ena cosa per un'altra senza il consenso del creditore, art. 1196; così non basta la esistenza di nn debito qualueqυο onde poterne domandare la compensazioee, ma aon puossi compensare se nnn quello che potrebbe essor dato in pagamento. Dalla qual cosa risulta, che se no erede in questa qealità gravato di dare uo certo fondo ad un legatario, volesse obbligaslo a compensare col fondo legato una somma di danari di cui questo legatarie potrebb'essere d'altra parte debitore, noa tale domanda sarebbe ad evidenza male foedata ed insostenibile dalla parte dell'erede che la instituirebbe.

In conseguenza, può stabilirsi coma regola generale, cho un mobile eon potrebbe compensarsi con un altro mobile, nè con en immobile, l. ult. C. *de compensat.*, altrimeeti si violerebbe la massima *aliud alio invito creditore solvi non potest*, rifermata coll'articolo 1196: Donello, *com. juris civ.* lib. 16, cap. 15; Voet, tit. *de compensat.*, n. 18; Pothier, *obligat.*, e. 624; Domat, lib. 4, tit. 2, sez. 2, n. 9; Toullier, t. 7, n. 367; Duranton, t. 12, n. 393; Cass. di Parigi 17 agosto 1829, Sirey, 29, 1, 416. — Da ciò nasce che l'artic. in esame stabilisce in principio, cha la compensaziene non può aver luogo che fra debiti ee' quali si può supporre il pagamento reciproco, senza violare la regola *aliud pro alio*. Ciò adunque noe può verificarsi, che nei debiti di somme di danaro o di cose fuegibili della stessa specie; e bene qeindi Pothier, *obligat.*, n. 624, stabili ie massima, rifermata dall'art. in esame, cho le cose suscettibili di compeesaziona sono i debiti di somme di danaro, o di una certa quantità di cose fungibili.

Premesse questo idee fondamentali, passiamo a svileppare questa parte dell'articolo in esame.

I. *Le somme di danaro non possono compensarsi con le cose fungibili.* — Non perchè

le somme di danaro e le cose fungibili possono entrare in compensazione, si abbia però a dedurre che una somma di danaro possa essere compensata con una cosa fungibile. Sarebbe questo un errore gravissimo, di cui è facile comprendere la ragione, dopo quel che abbiamo fin qui detto. Imperciocchè, non essendo la compensazione che un pagamento reciproco, e non potendo darsi in pagamento una cosa diversa da quella dovuta, ne consegue naturalmente che, per aver luogo la compensazione, vi sia rassomiglianza ed identità tra tali debiti; o come dice Paolo nelle *sentent.*, lib. 2, tit. 5, n. 3, bisogna che i debiti sieno della medesima specie, quantunque la causa del debito sia diversa: *compensatio debiti*, ivi è detto, *ex* PARI SPECIE, *licet ex causa dispari, admittitur*. Così, io posso opporre in compensazione di una somma di danaro che vi debbo a causa di mutuo, il debito di una simile somma che voi mi doveta per la vendita di una cosa, ancorchè io fossi obbligato di pagarvi in moneta di oro, e voi non dovreste pagarmi che in argento (come insegna Fabro, Cod. lib. 4, tit. 28, *def.* 2), poichè questi debiti sono *ex pari specie*; ma io non posso opporre in compensazione di una somma di danaro che vi debbo, il debito di una certa quantità di cose fungibili che voi mi dovete. *Et in summa*, come spiega Donello (*com. lib. 16, cap. 15*) *ut pecuniae cum specie petita, sic speciei cum pecunia petita nulla compensatio est, licet ejusdem estimationis. Nam qui pro pecunia speciem pensare vult, is offert aliud pro alio; et praeterea postulat vendere speciem suam pro pecunia a se petita, ut sic actor cogatur eam rem emere. Iam dixi neque aliud pro alio invito creditore solvi posse, nec quemquam invitum cogi, emere cum alio modo cum quoquam contrahere*. Pothier, *obligat.* n. 626; Toullier, t. 7, n. 364; Duranton, t. 12, n. 391.

II. *Eccezione all'esposto principio, per le prestazioni non controverse di grano o di derrate.* — Quantunque non sievi identità tra un debito in danaro, ed un debito in derrate, pure il secondo comma dell' artic. 1245 permette la compensazione tra questi due debiti, quante volte il prezzo de' grani o delle derrate *è regolato da' pubblici mercati*. Mevio, per esempio, è debitore di mille a Tizio, e costui deve a Mevio una certa quantità di grano; se la quantità del debito in grani non è in controversia, Mevio ne otterrà la compensazione col debito in danaro, perciocchè il debito in grano essendo certo e liquido, è facile farne la valutazione con le mercuriali che regolano il prezzo delle derrate. Avendo le derrate una estimazione fissa mediante i prezzi risultanti dalle mercuriali, questa estimazione generale fa le veci di una liquidazione particolare, e quindi è conseguito lo scopo della legge. Vinnio, comentando il § 1 delle Instituta, tit. *de empt. et vendit.* espose con la massima chiarezza, che il prezzo delle derrate è certo, *justum praetium*, quando trovasi determinato dalla voce del pubblico mercato, e se quindi il commercio à elevato a valori le derrate che si rendono negoziabili, bene la legge à stabilito, che la diversità che esiste tra il debito in derrate e l'altro in danaro, non saprebbe porre alcun ostacolo alla domandata compensazione.

Si vede bene che, se il prezzo delle derrate non fosse determinato dalle mercuriali, ma fosse necessario di farlo determinare da' periti, cesserebbe il motivo della legge che à fatto ammettere la compensazione: non essendo liquido il valore della derrata, manca l'elemento essenziale della compensazione. Toullier, t. 7, n. 368.

III. *Compensazione tra cose fungibili.* —Bisogna che le cose fungibili (*vedi nel t. 1, la nota 2. pag. 161*) per potersi compensare sieno della *stessa specie*, dice l'art. 1245. L'olio quindi non si può compensare col vino, ma si compensa l'olio con l'olio, il vino col vino, l. 10, § 2, l. 11 e 12, ff. *de compensat.*, l. 4 e 8, C. eod.; per la ragione, *qui pro specie* (dice Donello, *com. juris civ.*, lib. 16, cap. 15) *a se petita vult pensare aliam speciem, aut pecuniam sibi debitam, aperte postulat aliud pro alio pensare, id est solvere. Atqui jus non conceditur aliud pro alio solvi invito creditore, ne in vera quidem solutione et praestatione pecuniae*, l. 2, § 1, ff. *si cert. pet.*, *multo igitur minus recipiendum est in compensatione, quae imago tantum est verae solutionis*. Vedi pure Voet, tit. *de compensat.*, n. 18; rapporto di Joubert, in Locré, t. 6, p. 215, n. 46.

E fra le cose fungibili, come l' olio con l' olio, bisogna che i due debiti sieno determinati nella *specie* (*vedi la nota 1, pag. 237*), val dire, i due debiti non debbono, per entrare in compensazione, consistere *in un corpo certo*, poichè una cosa benchè fungibile, se è dovuta come un corpo certo, non è suscettibile di compensazione. Così, Tizio mi deve dieci botti di olio, ed io sono suo debitore di simile quantità di olio, la compensazione à luogo di pieno dritto, perchè potendo ciascuna delle parti scegliere quell'olio che gli piaceva per liberarsi dall'obbligazione, attesa l' identità de' debiti, il reciproco pagamento che si suppone con la compensazione è in questo caso consono alla natura della compensazione. Ma se io debbo a Mevio dieci botti di olio, ed egli mi deve la stessa quantità di olio di Gallipoli, non può obbligarmi alla compensazione, perchè il suo debito,

benchè di cosa fungibile, consiste in un corpo determinato, e con la compensazione mi obbligherebbe a ricevermi una cosa diversa da quella dovutami. Pothier, *obligat.*, n. 624; Toullier, t. 7, n. 364; Duranton, t. 12, n. 387; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 375.

II.

I debiti che si cercon compensare debbono essere reciprocamente liquidi. — Disamina della compensazione de' frutti cogl' interessi.

I. La compensazione è fondata sul principio, come abbiamo di già osservato, che la stessa persona non può cumulare le qualità contrarie di debitore e di creditore: per evitare questa contrarietà, la legge suppone con la compensazione il pagamento reciproco. Ma per dirsi reciproco il pagamento, bisogna che i due debiti sieno certi e determinati, poichè se uno di essi non è certo, contrastandosene la esistenza; o se essendo certo, non è determinato, perchè se ne mette in dubbio la quantità, non può al certo aver luogo la compensazione. Bisogna dunque, per operarsi la compensazione da' due debiti, che sieno reciprocamente *certi* e *determinati*, *cum certum est an et quantum debeatur*. Quando i due debiti riuniscono queste qualità, di esser certi e determinati, è allora che si dicono *liquidi*; l. 14, § 1, Cod. *de compensat.*; Voet, tit. *de compensat.*, n. 17; Pothier, *obligat.*, n. 628.

Quindi, un debito litigioso, un dritto incerto, una pretensione dubbia o non determinata, un conto non approvato, una obbligazione condizionale, non impedirebbero l'esecuzione e gli atti che farebbe un creditore per un debito liquido ed esigibile, e non potrebbero validamente proporsi per compensazione, perchè mancherebbero della condizione di essere un debito *liquido*. Per la stessa ragione, un debito alternativo non può entrare in compensazione, l. 22, ff. *de compensat.*, perchè l'alternativa rende incerto il debito, l. 57, ff. *de verb. obligat.*; ma fatta la scelta, il debito diventa certo, e può perciò, giusta la detta l. 22, entrare in compensazione. Pothier, *obligat.*, n. 628 e 629; Gotofredo, sulla l. 22, ff. *de compensat.*, Toullier, t. 7, n. 369, 370 e 371; Duranton, t. 12, n. 397.

Ma, in riguardo alla liquidità de' debiti, appartiene al giudice dinanzi cui è domandata la compensazione, di distinguere il debito chiaro o liquido, da quello che non lo è: arresto della Corte Suprema di Napoli del dì 23 giugno 1812, *Supp. alle coll. delle leggi, serie civile*, 1, 266.

Se però una delle parti opponesse all'altra che il suo debito non è liquido, e la discussione della liquidità di tal debito ammettesse indugio, è chiaro che il giudice non potrebbe prendere in considerazione la compensazione proposta, nè sospendere la condanna del debitore al pagamento di un debito, la cui liquida natura non sarebbe contrastata al creditore. Ma se il litigio elevato sopra la quistione di liquidità, non fosse molto complicato nè difficile a risolvere, potrebbe il giudice in tal caso accordare un breve termine per siffatta discussione, sia ordinando all'attore di riconoscere o d'impugnare questi debiti, sia al reo convenuto di esibire i titoli giustificativi? Prima del codice civile si riconosceva di avere il giudice questa facoltà, e questa giurisprudenza era poggiata sulla l. 14, § 1, C. *de compensat.*, la quale voleva la compensazione di pieno dritto, quando la causa per la quale il reo convenuto pretendeva compensare, era liquida e non circondata da molte difficoltà, *et non multis ambagibus innodata*. Queste espressioni fan chiaramente comprendere che non è proibito a' giudici, alla cui presenza si oppongono in compensazione de' debiti che a primo aspetto non compariscono liquidi, di escogitar mezzi ad oggetto di assicurarsi se mai potessero liquidarsi prontissimamente. E questo precisamente insegnavano Bartolo sulla l. ult., C. *de compensat.*, Menochio *de arbitr. jud.*, *cent. 1*, *casu 14*, n. 4; Donello, *com. juris civ.*, lib. 16, cap. 15; Surdus, *cons. 246*, *n. 6*; Capecelatro, *decis. 25*, n. 37; Voet, tit. *de compensat.*, n. 17; Domat, lib. 4, tit. 2, sez. 2, n. 2; Pothier, *obligat.*, n. 628; e tale discussione è bellamente in poche e gravi parole ricapitolata da Vinnio nelle sue *Selectae juris quaestiones*, lib. 1, *quaest. 50*, così: *causam liquidam interpretamur*, egli dice, *cum apertum est jus debitoris qui sibi vicissim quid deberi intendit et compensationem implorat. Id autem ita fit, si causa habendi et justa est et vera; et talem esse vel in praesentia constet adversari confessione*, VEL CELERITER ET EXPEDITE *probari possit ... In hac re Menochius nonnihil judicis arbitrio tribuendum existimat; in quo illi facile assentior*. — Questa stessa teorica fu discussa a fondo e ritenuta nel consiglio di stato di Francia nella compilazione dell'art. 1245, come riferisce Locrè, t. 6, p. 97 e 98, n. 11; ed è corroborata sotto l'impero del Codice dall'autorità di Merlin, *Rép. v. compensation*, § 2, la cui conclusione fu accolta dalla Corte di Cassazione di Parigi con arresto del dì 26 giugno 1811; non che dal-

l'autorità di Toullier, l. 7, n. 371, di Duranton, t. 12, n. 397, di Pardessus, *droit comm.* numero 229.

Evvi ancora dippiù. La teorica che il credito pronto a liquidarsi può entrare in compensazione ricave il suo effetto anche quando il creditore cui viene opposta agisca in virtù di un titolo esecutivo; poichè (*siccome abbiam' osservato nella p. 411, n. 2*) avverso un credito nascente da un titolo esecutivo si può opporre in compensazione un credito che deriva da un titolo non esecutivo. Mantica *de tacitis et ambig.* lib. 22, til. 27, n. 68, vol. 2; Mascardo *de probat., conclus.* 334, n. 5 e 6; Amato, *resol. juris, resol.* 17, n. 10.

II. *Disamina della compensazione de' frutti cogl' interessi.* — Dopo quello che abbiamo or ora dimostrato, che il credito facile a liquidarsi può entrare in compensazione, cade in acconcio la disamina del modo come si fa la compensazione de' frutti cogl' interessi; val dire, quando due parti sono condannate a rendersi rispettivamente, l' una un fondo coi frutti che ne à percepiti da una epoca determinata, l'altra, una somma di danaro con gli interessi che ne sono decorsi dopo la stessa epoca, come deve farsi il conto degl' interessi e de' frutti, ove i frutti eccedano gl'interessi del credito? Dovrà prevalere la regola della imputazione *per colonna*, o quella della imputazione *a scalare*?

La imputazione dicesi *per colonna* quando si mette da un lato il valore de' frutti per tutti gli anni scaduti, il che farà un totale. Dopo di che si mette da un altro lato quello che deriva da tutte le annate d'interessi che sono scadute: indi s'imputa il valore de' frutti primieramente sugl' interessi, e l'eccedente di questi stessi frutti sulla sorte. Si vede bene che, con la imputazione *per colonna*, la sorte principale rimane sempre intera, e produce costantemente i medesimi interessi nelle annate decorse, perciocchè vien portata con questi medesimi interessi in una colonna separata da quella de' frutti. — Non è lo stesso quando si fa l' imputazione *a scalare*, che vuol dire, d'impetarsi anno per anno l'eccedente de' frutti sulla sorte principale dovuta. Con questo metodo la stima de' frutti della prima annata compensa gl' interessi del debito; ed il dippiù s' imputa sul capitale, il quale trovandosi con ciò diminuito, produce minori interessi nell' anno seguente; donde consegue, che se per poco il valore de' frutti ecceda gl' interessi, il capitale si trova ben presto soddisfatto, perciocchè, nella seconda annata, lo scemamento che si fa sul capitale è anche più forte che nella prima, a perchè gl' interessi diminuiscono così sempre da anno in anno.

Un esempio renderà ciò più sensibile. Tizio deve a Mevio un capitale di dieci mila ducati, il quale produca un annuo interesse di 500 ducati. Mevio à goduto per dieci anni di un fondo appartenente a Tizio, e ne à ritratto annualmente ottocento ducati di rendita. Mevio è condannato a restituire il fondo co' frutti, e Tizio a restituire il capitale cogl' interessi. Egli trattasi di liquidare: qual metodo si seguirà? Se si adotta l'imputazione *a scalare*, ecco come si praticherà. Mevio deve pe' frutti della prima annata, 800 ducati. Nello imputare questa somma, cioè 500 ducati sugl' interessi del capitale di dieci mila ducati dovetogli da Tizio, e 300 ducati sul capitale medesimo, Tizio non deve più nel secondo anno, che 9,7000 ducati, e per interessi 485 ducati. Nell'impetare sopra questo secondo anno, gli 800 ducati di frutti, il capitale non si trova più montare che a 9385 ducati, e questa somma produrrà solamente 469 ducati d'interessi. Nel terzo anno, l'imputazione ridurrà il capitale a 9354 ducati, e gl'interessi a 465 ducati. Nel quarto, il capitale non ascenderà più che a 9020 ducati, e gl'interessi a 451 ducati. Nel quinto, il capitale sarà di 8671 ducati, e gl'interessi di 434. Nel sesto, il capitale sarà ridotto a 8305 ducati, e gl'interessi a 415 ducati. Nel settimo, il capitale non sarà più che di 7920 ducati, e gl'interessi 396 ducati. Nell'ottavo, rimarranno doveti pel capitale 7516 ducati, e per interessi 375. Nel nono, Tizio davrà ancora 7017 ducati di capitale, a 350 d'interessi. Ie fine, nel decimo, il suo debito non monterà più che a 6588 ducati.

Se al contrario, si farà l'imputazione *per colonna*, si troverà che, nel proposto esempio, Tizio deve a Mevio, tanto in capitale, quanto per dieci annate d'interessi, la somma di ducati 15,000; e che Mevio deve a Tizio per i frutti che à percepiti per dieci annate, ducati 8,000. Per il che, Tizio rimarrà debitore di ducati 7,000; mentre che facendo l'imputazione a scalare, ei non dovrebbe che 6588 ducati. Si concepisce che la differenza sarebbe più considerevole, se il conto abbracciasse un più lungo spazio di tempo.

Rimane a sapere quale delle maniere di contare debbasi adottare. Si potrebbe dire, per la imputazione *a colonna*, che i frutti non ancora liquidati non possono compensare un capitale liquido, e s' invoca d'altronde la l. 65, ff. *de rei vindicatione* per dedurre che la compensazione de' frutti può farsi cogl' interessi, ma l'eccesso de' frutti annui non può estinguere la sorte principale: *Capocelatro dec.* 25, n. 6. — Ma il partito della imputazione *a scalare* sembra più conforme alla giustizia ed alle regole del dritto. Imperciocchè,

se è vero, che per operarsi la compensazione, bisogna che i due debiti siano reciprocamente liquidi; è pur vero, come abbiamo dimostrato nella pagina 414, che ciò ch'è facile a liquidarsi può entrare in compensazione: e il Presidente Fabro à insegnato nel suo Codice, lib. 4, tit. 23, *def.* 7 e 14 di doversi mettere nella classe delle cose facili a liquidarsi i frutti, *fructus liquidi vel brevis liquidandi*, per la ragione che i frutti maturati vengono riputati come raccolti, l. 1, e e 3, ff. *de pignorat. actione*. Lo stesso presidente Fabro, Cod. lib. 4, tit. 33, *def.* 6, *in allegat.*, insegna, che i frutti quantunque non liquidati, s'imputano nel capitale, *fructus enim pignoris certum est imputari in sortem*; ed in vero, di questa regola ne abbiamo un esempio nella l. 5, § 21, ff. *ut in poss. legat. vel fideicom.*, dov' è detto, *id quod ex fructibus percipitur, primum in usuras, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari*. Sembra quindi chiaro che la imputazione dei frutti si fa di pieno dritto, *mox*, sul capitale, in quanto eccedono annualmente gl'interessi del capitale dovuto, poichè il creditore à annualmente ricevuto un acconto del capitale con la percezione de' frutti che non avea dritto di appropriarsi. — E questa pure la dottrina di Merlin, quistioni, v. IMPUTATION PAR ÉCHELETTE OU REMONTEE PAR COLONNE (*imputazione a scalare o per colonna*).

III.

I debiti che si cercan compensare debbono essere reciprocamente esigibili.

Per i debiti che debbonsi compensare, non basta che sieno, dall' una e dall' altra parte chiari e liquidi; bisogna eziandio che sieno *esigibili*, dice l'art. 1245, conformemente alla l. 7, princ. ff. *de compensat.*; val dire, che i crediti sieno reciprocamente scaduti nel momento in cui se ne domanda la compensazione. La ragione n'è semplice: la compensazione opera due pagamenti, e non può essersi costretto a pagare che le somme di cui il termine del pagamento sia scaduto. Pothier, *obligat.*, n. 627.

Applicando questo principio alle diverse specie particolari si à:

1.° Che il creditore non può essere obbligato di ammettere la compensazione di un debito a *termine* con un debito scaduto, altrimenti sarebbe lo stesso che forzare il creditore a pagare prima del termine: *quod in diem debetur non compensabitur antequam dies veniat*, l. 16, ff. *de compensat.* — Ma se il creditore a termine provasse che il creditore il cui debito è scaduto, dopo di aver contratto il debito a termine, abbia sofferto un notabile disguido ne'suoi affari, potrebbe opporre la compensazione, offrendo di dedurre gl' interessi del suo credito a termine? La compensazione non può reggere, perchè il giudizio di abbreviazione del termine per decozione (*pag. 376*, n. VI.) del debitore (*se fosse fallito, vedi di questa nota il § IV. n. II*) dà sempre luogo a contestazione; ma siccome il creditore è in questo caso autorizzato ad assicurare il suo credito anche col sequestro presso terzi (*vedi la nota 2, pag. 284*), così la somma ch' egli deve a colui di cui è creditore a termine, per *arg.* dell'art. 906 proc. civ., potrà rimanere sequestrata presso sè stesso, o pure i tribunali ne ordineranno il deposito.

Bisogna però che il *termine* sia stato apposto alla obbligazione, per dirsi che non può entrare in compensazione, perchè è allora che il debito non può domandarsi; ma se l'obbligazione fu contratta puramente e semplicemente, e per umanità si è accordato dal giudice un termine *di grazia* (*vedi la p. 290, e nota 1, p. 341*), è chiaro che in questo caso si deve considerare l'obbligazione primitiva ch'era pura, ed il favore accordato al debitore non può essere di ostacolo alla compensazione. Era questa la disposizione della l. 16, ff. *de compensat.* illustrata da Cujaccio nelle quistioni Papinianee, e rifermata dall'art. 1246. Per esempio: io ò accordato un termine di tre mesi a Giovanni per mille ducati che mi deve, o pure questo termine gli è stato accordato dal giudice. Un mese dopo, questo debitore è divenuto erede di Cajo, cui io doveva egual somma di ducati mille. Potrà il mio debitore esigere questi mille ducati, ed impedire la compensazione sotto protesto che il termine che gli è stato accordato per ciò che mi doveva personalmente non è ancora scaduto? No, senza dubbio, risponde l'art. 1246: un termine di grazia che non à altro oggetto che arrestare il rigore dell' obbligazione, non dev'essere di ostacolo alla compensazione. Pothier, *obligat.*, n. 627; Jaubert, nel rapporto al Tribunato, in Locré, t. 6, p. 216, n. 49; Toullier, t. 7, num. 373.

2.° Che i debiti condizionali, e la cui esigibilità dipende dall'evento di una condizione espressa nel titolo o nell'atto obbligatorio, non sono suscettibili di compensazione con un credito assoluto, esigibile attualmente e senza condizione, perchè s'intende che il debito condizionale non può produrre alcun' obbligazione, se non verificandosi la condizione la

quale può sola dargli valore; § 4, Inst. *de verb. obligat.*: vedi gli art. 1121 e 1134. Toullier, t. 7, n. 374, e Duranton, t. 12, n. 403.

3.° Che il capitale di una rendita costituita non potrebb'essere compensato con una obbligazione pura e semplice, poichè, nel mentre quest'ultimo titolo produce un'obbligazione attuale, non così è dell'altro, non potendo esigere il creditore, per l'art. 1783, il rimborso del capitale di una rendita. La compensazione quindi non deve aver luogo che sino alla concorrenza solamente degli arretrati della rendita. Voet, tit. *de compensat.*, n. 14; Pothier, *obligat.*, n. 634; Toullier, t. 7, n. 404 e 405; Duranton, t. 12, n. 410.

4.° Dallo stesso principio stabilito, che non si possono compensare se non i debiti esigibili, risulta, che un credito che non produce azione non può entrare in compensazione: *quaecumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.*, l. 14, ff. *de comp.* Conseguentemente i debiti *naturali* non possono entrare in compensazione. Egli è vero che la l. 6, ff. *de compensat.* statuiva, *etiam quod natura debetur, venit in compensationem*; ma questa decisione non può oggi essere ammessa, perciocchè il pagamento de'debiti naturali, quantunque non soggetto per gli art. 1331 e 1839 a ripetizione, non è però *esigibile*, e l'art. 1245 fa dell'*esigibilità* una condizione assolutamente necessaria per operarsi la compensazione. Toullier, t. 7, n. 389; Duranton, t. 12, n. 405 e 406.

5.° Che un credito sequestrato non può compensarsi con un debito ch'è libero, poichè il sequestro impedisce che il credito sia esigibile. Merlin, rep. v. *compensat.*, § 2, n. 6; Pardessus, n. 227.

6.° Che un credito prescritto non può entrare in compensazione: vedi la p. 411 in fin., num. 6.

IV.

Per farsi la compensazione bisogna che i due debiti sieno reciprocamente proprî e personali. Disamina della compensazione in materia di successione beneficiata e di fallimento.

I. *I debiti debbono essere reciprocamente proprî e personali.* — La compensazione non può farsi se non fra coloro i quali, nel loro nome proprio e personale, sono nel tempo stesso creditori e debitori l'uno verso l'altro, perciocchè in questa sola maniera le due qualità di creditore e di debitore possono incontrarsi nella medesima persona. *Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest*, l. 9, C. *de compensat.* Così, il tutore che domandasse il pagamento di una somma dovuta al suo pupillo, un procuratore costituito (*) che facesse delle procedure contro del debitore di colui dal quale ha ricevuto la facoltà a questo effetto, un mandatario che domandasse ciò che è dovuto al suo committente, un marito che domandasse ciò che è dovuto alla moglie, non avrebbero dritto a proporre la compensazione de'loro proprî debiti contro i debitori personali del pupillo, o del committente o della moglie, per la ragione semplicissima, che questo tutore, questo mandatario, questo marito non hanno alcun dritto sopra tali crediti de'quali in altrui nome si danno opera per la riscossione; l. 23, ff. *de compensat.* Voet, tit. *de judiciis*, n. 81, e tit. *de compensat.*, n. 8 e 10; Pothier, *obligat.*, n. 630; Toullier, t. 7, n. 375; Pardessus, n. 225; Duranton, t. 12, n. 413.

Per la stessa ragione, i debiti particolari di ciascun socio non possono essere opposti in compensazione con i debiti della società, e viceversa. Voet, tit. *de compensat.*, n. 10;

(*) Il patrocinatore che avesse fatto pronunziare, a' termini dell'art. 224 *proc. civ.*, a suo favore la distrazione delle spese con la stessa sentenza che à pronunziata la condanna delle spese verso la di lui parte, non può soffrire la compensazione delle somme che la stessa parte deve dal canto suo alla parte condannata verso di lei; poichè il sistema di far aggiudicare al patrocinatore le spese anticipate è fondato sopra una gran ragione d' interesse pubblico, che i poveri cui è mosso un litigio trovino chi anticipi per essi le spese del giudizio: or, questo scopo della legge sarebbe tradito, nè le parti povere potrebbero trovar difensori che volessero fare per esse le anticipazioni necessarie onde far rendere loro giustizia, se la parte condannata alle spese, di cui il patrocinatore à ottenuta la distrazione, potesse essere ammessa a privare, col mezzo di compensazioni, il patrocinatore delle anticipazioni da lui fatte. In conseguenza, mediante la distrazione, si considera che il credito risultante dalla condanna di spese sia passato direttamente alla persona del patrocinatore. Pothier, *contract du mandat*, n. 136; Merlin, rep., v. *distraction de dépens*; Boncenne, *proc. civ.*, p. 571; Thomine-Desmazures, sull'art. 133 (224) *proc. civ. franc.*, arresto della Corte Suprema di giustizia di Napoli, de'10 settembre 1836 (*causa Constursi ed Antonucci*).

Pardessus, *droit commerc.*, n. 226; Toullier, t. 7, n. 378; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 361.

Ma è evidente, che io posso opporre la compensazione di ciò ch'ora dovuto o colui che mi à ceduto i suoi dritti; poichè mediante la cessione, io sono divenuto proprietario del credito; l. 18, ff *de compensat.*, e quindi oppongo in compensazione non il credito alieno, ma il mio: Tintaro, *de compensat.*, n. 53; Amato, *resol.* 17, n. 6; Voet, tit. *de compensat.*, n. 7. — E per la stessa ragione bisogna decidere, che il mio creditore è obbligato di accettare la compensazione di ciò ch'egli deve ad un terzo, se costui, suo creditore, interviene ed offre di compensare per me ciò che gli è dovuto; e l'opinione contraria di Papiniano nella l. 18, ff. *de compensat.* è stata riconosciuta per una sottigliezza da Barbeyrac; perciocchè l'intervento del terzo che si offre di compensare per me il suo credito contro il mio creditore, equivale ad una cessione che mi avesse fatta de' suoi dritti. Pothier, *obligat.*, n. 630; Toullier, t. 7, n. 375; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 375.

Eccezioni al principio che per aver luogo la compensazione i debiti debbono essere propri e personali. — Queste eccezioni saranno esaminate nelle osservazioni all'art. 1248.

II. *Disamina della compensazione in materia di successione beneficiata e di fallimento.* — Attese le difficoltà che su tal punto di dritto possono elevarsi, conviene portarvi degli schiarimenti.

1.° *In quanto all'eredità beneficiata.* — Bisogna considerare il principio della compensazione nelle eredità beneficiate, sotto un duplice punto di veduta: 1.° Se un debitore dell'eredità possa opporre in compensazione un credito contro la eredità stessa; 2.° Se all'erede beneficiato possa opporsi il suo debito personale in compensazione di un credito dell'eredità, o se per un credito personale gli si possa opporre in compensazione un debito dell'eredità.

Sul primo caso, non si mette in dubbio, che il debitore della successione possa opporre in compensazione un credito liquido e scaduto *prima* dell'apertura della successione. Ma se il credito che si oppone in compensazione è scaduto *dopo* l'apertura della successione, Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 361, e Toullier, t. 7, n. 380, fanno una distinzione: se non vi sono, eglino dicono, creditori opponenti, la compensazione può aver luogo, poichè allora l'erede essendo per l'art. 727 obbligato di pagare i creditori a misura che si presentano, il creditore che oppone la compensazione *prima* che i creditori si rendano opponenti, può farla valere, poichè patendo esser pagato prima delle opposizioni, può per la stessa ragione farsi pagare per la via della compensazione. Nel caso di opposizioni, continuano i citati scrittori, il debitore è in obbligo di pagare, salvo a ripetere con gli altri creditori per contributo ciò che gli si deo. Conchiudono che la stessa distinzione è applicabile all'erede beneficiato che fosse contemporaneamente creditore e debitore della successione.

Mentre siffatta distinzione ci sembra consona alle regole del dritto ed agli effetti dell'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario, la quale rassomiglia assai ad un fallimento, dobbiamo non pertanto fare osservare che la compensazione a favore del debitore della successione, divenuto creditore *dopo* l'apertura della successione medesima o primo che i creditori della successione si rendano opponenti, à luogo *ipso jure* dal momento in cui il credito s'incontra col debito, e per questa parte non ci sembra fondata la dottrina di Toullier nel luogo citato, dove dice che il debitore della successione, il quale sia divenuto creditore dopo l'apertura della successione, volendo compensare il debito col credito scaduto *prima* che gli altri creditori si faccian conoscere, dove far citare l'erede per far pronunziare la compensazione, per la ragione, secondo lui, che la compensazione essendo un pagamento, il creditore deve presentarsi, giusta l'art. 727, per esser pagato. Ma questo sistema urta al principio che la compensazione si fa di pieno dritto ed all'insaputa del debitore. Si comprende bene che quando si è debitore di una successione, se, *dopo* le opposizioni de' creditori, si divenga creditore, non si può opporre la compensazione a causa dell'interesse degli altri creditori; ma se *prima* delle opposizioni, si diventa creditore della successione, chi non vede che la compensazione si è operata di pieno dritto primo del sequestro? Il creditore della successione, il cui credito è scaduto dopo l'apertura della successione medesima, non conviene in giudizio l'erede beneficiato, a ragione che il suo credito bilanciando il debito, si riguarda come liberato di pieno dritto; e le opposizioni posteriori verranno a cangiare la sua posizione? Bisognerà ch'egli pagherà alla massa della successione tutto ciò ch'egli doveva, e la massa non gli pagherà che una leggiera particella di ciò che gli doveva? Siffatte conseguenze non ci sombrano nè giuste, nè fondate, o per conseguente bisogno dire, che scaduto il credito *dopo* l'apertura della successione, e primo delle opposizioni, la compensazione si è operata di pieno dritto, quantunque questo creditore non avesse citato l'erede per sentir dichiarata la compensazione.

—*Se all'erede beneficiato possa opporsi il suo debito personale in compensazione di un credito dell'eredità, o pure un debito ereditario in compensazione di un credito personale.* Siffatta quistione è stata risoluta da Toullier, t. 7, n. 380 per la negativa, attesa la disposizione dell'art. 719, secondo il quale, l'erede non confonde i crediti e debiti personali con quelli dell'eredità; e da Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 361 con una distinzione: se il debitore, egli dice, della successione oppone in compensazione il debito personale dell'erede, regge la eccezione, perchè, l'erede benchè beneficiato è proprietario de beni della successione; ma se l'erede agisce per un credito personale, il suo debitore ch'è creditore della successione non può opporre questo credito ereditario in compensazione, poichè il beneficio dell'inventario produce l'effetto d'impedire la confusione de' dritti dell'erede con quelli della successione.

Ma, in una quistione così delicata, se Toullier e Delvincourt avessero avuto la cura di passare ad esame gli antecedenti della giurisprudenza, avrebbero osservato al certo che gli antichi giureconsulti esaminarono precisamente la quistione da loro proposta, e l'avean risoluta nel senso che all'erede beneficiato che domanda un credito ereditario, possa opporsi in compensazione un debito personale; o similmente, agendo egli pel conseguimento di un credito personale, gli si possa opporre in compensazione un debito ereditario: era questa la dottrina di Fabro, Cod., lib. 4, tit. 21, *def.* 9, di Amato, *resol.* 27, e di Voet, tit. *de compensat.*, n. 11. Per qual ragione Toullier à insegnato la negativa, opposta alla dottrina di Fabro e di Voet? Perchè, per effetto dell'inventario, le azioni personali dell'erede non vengono confuse con quelle dell'eredità. Or è precisamente a questa obiezione che il Presidente Fabro risponde col solito suo acume, e la trova insussistente ed inefficace ad escludere la compensazione, perciocchè non è men vero, che l'erede beneficiato rappresenta il defunto, come l'erede puro e semplice; e d'altronde l'aver detto la legge, che i dritti dell'erede non sono confusi con que' della successione, ciò importa che all'erede non sono tolte le azioni che à contro l'eredità, ma non già che queste azioni non possono essere estinte col pagamento, e la compensazione à al certo la forza di pagamento. Se non che, è pur vero, che colui che oppone all'erede in compensazione un credito ereditario, deve provare che l'erede possa dalla eredità medesima soddisfarsi del credito ereditario che è opposto in compensazione al suo personale, altrimenti potrebbe avvenire che l'erede cui è opposta la compensazione, pagherebbe *de proprio* i debiti ereditari. Questa discussione è adunque rimessa alla prudenza del giudice; perciocchè, siccome ànno bene osservato Serdus, *consil.* 7, n. 33 e 34, e Coccei, *cont.*, l. 28, tit. 7, q. 4, l'erede beneficiato può domandare il credito personale, in quanto eccede il valore de' beni lasciati dal defunto; ma non lo può domandare quando i beni ereditari bastano, poichè il beneficio dell'inventario opera che l'erede non sia tenuto *ultra vires*, ma è tenuto al pagamento di questi debiti su ciò che si trova nell'eredità. Se dunque il convenuto prova che col credito che à contro l'eredità, l'erede può soddisfarsi del credito personale, la compensazione deve dal giudice dichiararsi. Ecco le parole di Fabro: *Haeredi, etiamsi beneficium legis et inventarii imploraverit, si quid proprio nomine petat, perinde objici potest compensatio ejus pecuniae quam defunctus debuit, atque si purc heres esset.* NEC EST CONTRARIUM, *quod legis beneficio* SALVAS HABET PROPRIAS ACTIONES. *Id enim eo pertinet, uti ne per eam confusionem quae aditione hereditatis fit sublatae videantur, non etiam uti ne solutionis potestate tolli possint. Atqui compensatio solutionis vim et vicem obtinet. Nec sane minus debitor intelligitur qui debitoris heres est, cum beneficio legis et inventarii, quam qui legis beneficium non implorarit: unum illud ei indulgetur, ut quamvis sit debitor, tamen ultra vires hereditatis non teneatur. Eamque ob causam temperamentum illud necessario adhibendum est, ut qui hujusmodi haeredi objicit compensationem satisdet eam se quantitatem in hereditate repositurum, quotiescumque judici bonum id et aequum videbitur, ut si alii erunt creditores anteriores, quibus priore loco solvere heres debebit, habeat ille ex hereditate unde solvat, nec de suo quicquam erogare compellatur.*—E Voet nel luogo citato dichiara così la intelligenza della dottrina di Fabro: *non etiam dubium, quin haeredi haereditario nomine agenti recte objiciatur compensatio ejus, quod ipse suo nomine debet. Uti viceversa haeredi suo nomine agenti reus compensare potest, quod sibi a defuncto debitum docet, idque pro ea parte qua is, qui agit, defuncto haeres est, non item pro partibus coeterorum cohaeredum*, l. ult. C. *de contr. judic. tutelae. Quod et tunc obtinet,* CUM HAERES ADIVIT CUM BENEFICIO INVENTARII, *ita ut solidi quidem debiti compensatio fiat, si vel universis creditoribus haereditatis sufficiat, vel, cum sufficiens non esset, ea saltem creditoris haereditarii compensare volentis, aut crediti, conditio sit, ut jure praelationis totum ex haereditate ferre potuerit: partis vero tantum, si creditor haereditariis rebus fuisset salvum hab iturus. Nam*

quamvis inventarii beneficium non efficiat, quo minus haeres adeundo defunctum repraecentet, inque jus ejus succedat; efficit tamen, ne ultra vires haereditarias aes alienum defuncti solvere de suo teneatur: an autem naturali solutione, an compensatione, creditor cum haeredis damno solidum consequatur: nihic hac in parte refert. Et quia ab initio incertum saepe, utrum haereditas creditoribus suffectura sit, an non; remedium expeditissimum videtur, ab initio quidem solidi compensationem permitti creditori, sed idonee caventi, se restituturum, quanto minus apparebit ob emergens aliud potentius aes alienum oportuisse eum jure compencatiónic calvum habere, arg. l. 5, § ult. ff. *de tribut. act.*, e arg. l. 9, § 1, ff. *de compensat.*

2.° *Della compensazione in materia di fallimento.*—Essendo la successione beneficiata assimilata al fallimento, è naturalo di discorrere della compensazione in materia di fallimento, dopo di aver parlato della compensazione in materia di successione beneficiata.

Nel caso che i due debiti fossero esigibili prima del fallimento, essi trovansi di già estinti di pieno drilto, secondo i principî spiegati nel § 3 di questa nota, pag. 416.

Il fallimento però rende esigibili tutt'i debiti del fallito, *art. 1141 ll. cc.* e *440 ll. di eccez.*; ma questa esigibilità non produce gli stessi effetti di quella che deriverebbe dalla scadenza regolare di un termine convenzionale, sibbene è nell' interesse del fallimento, così che il creditore non può ricever pagamenti se non per mezzo della ripetizione. In conseguenza, sia che un debito diventa esigibile accidentalmente per effetto dall' apertura del fallimento, sia perchè scadeva per sua natura dopo il fallimento medesimo, non produce la compensazione con un credito esigibile per se stesso. Per esempio, nel momento in cui Paolo è caduto in fallimento, Pietro era suo debitore per una somma scaduta: dal suo lato Paolo fallito doveva a Pietro somme pagabili in un'epoca cha non era ancora giunta nel momento dell' apertura del fallimento. Pietro non avrà dritto ad opporre in compensazione il suo credito, poichè la compensazione essendo un pagamento, non può pregiudicare i dritti de' terzi, art. 1252, e d'altronde la compensazione gli procurerebbe il pagamento intero del suo credito, mentre egli non à diritto se non ad una quota parte di questo credito, proporzionato a quello che gli altri prendono nella massa. — Per la stessa ragione, applicata in senso inverso, quegli ch'essendo creditore del fallito per una somma scaduta, è debitore di un credito a dilazione, non potrà, rinunziando alla dilazione, rendere questa somma compensabile con ciò che deve; così che, nel proposto esempio, Pietro ch' essendo creditore di mille ducati di Paolo, ch' è fallito, e deve allo stesso Paolo mille ducati pagabili fra sei mesi, Pietro non potrà dichiarare, che rinunziando alla dilazione vuol compensare; poichè egli non dovrà più al fallito fra sei mesi, ma alla massa del fallimento, *art. 1252 ll. cc.*, e *434 ll. di eccez.* Pietro riceverà quindi nel fallimento la dividenda proporzionale del suo credito, e quando il suo debito scaderà dovrà pagarlo interamente alla massa. Toullier, t. 7, n. 381; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, note 360 e 361; Pardessus, *droit commerc.*, n. 1125; Duranton, t. 12, n. 412.

V.

Disamina della compensazione FACOLTATIVA *o altrimenti detta* OPE EXCEPTIONIS.

Quando i due debiti non riuniscono le quattro condizioni di cui si è parlato ne' 4 § preced., o quando i debiti non possono essere compensati per la natura della convenzione, secondo i tre casi stabiliti dall'art. 1247, colui nel cui interesse non può opporsi la compensazione, può dichiarare di non volersi avvalere del beneficio introdotto in suo favore. È questa la compensazione *facoltativa* o *per via di eccezione*. Il depositario, per esempio, non può opporre in compensazione un credito che à contro il deponente, artic. 1247; ma se egli domanda il credito che à contro il deponente, può costui opporgli in compensazione il credito che deriva dal deposito, poichè l'ostacolo che si oppone alla compensazione è nell'interesse del deponente. Or ognuno può rinunciare ad un dritto introdotto in suo favore, l. 69, ff. *de reg. jur.*, l. 29, C. *de pactis*, e d'altronde è pur vero che *non debet in odium alicujus retorqueri quod in favorem ejus introductum est*. Per la stessa ragione, quantunque un debito di mercanzie non si compensa di pieno dritto con un debito di somma di danaro, art. 1245, colui ch' è debitore a sua scelta di una determinata quantità di mercanzie o di una somma di danaro, può, dichiarando la sua scelta (*vedi la p. 414, § II.*) opporre la compensazione. Toullier, t. 7, n. 346 e 396; Pardessus, *droit comm.*, n. 231 e 232; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, cap. 5, sez. 4.

Effetti della compensazione facoltativa. — È capitale negli effetti la differanza tra la compensazione *di pieno dritto*, e la *facoltativa*. Estinguendosi i due debiti, nella compen-

1246. Le dilazioni gratuite non sono di ostacolo alla compensazione (1).
1247. La compensazione ha luogo, qualunque sieno le cause (2) dell' uno o dell'altro debito, eccettuati i seguenti casi (3):

---

sazione *di pieno dritto*, nel momento in cui s' incontrene, ne abbiano veduto gli effetti nella pag. 411. Ma la compeosazione *facoltativa* devondo essere opposta, è chiaro cbo non produce i suoi effetti che quaodo è opposto, e dal giorno in cui è opposta. Quindi non arresta il corso della prescrizione, nè quello degl'intaressi prima di esser domandata. Per esempio, voi mi dovete mille ducati sin dal 1830 con l'interesse dol 5 per conto; ed io dall'oltro canto ricevoi da vostro padre, di cui siete divenuto erede, mille ducati in deposito nel 1836. Io vi domando nel 1840 i mille con gl' interessi, e voi mi oppooete in compeosazione i mille cho io vi debbo a causa del deposito. È chiaro cbe voi avete il dritto di avvalervi della compensazione, ma essendo questa una compensazione facoltativa, non impedisce che da' miei mille ducati mi dovete pagare gl'ioterassi dal 1830 ol 1840, apoca in cui ne cessa il corso, perchò allora avondo voi opposta la compensazione, da quel momento i due debiti s'incootrano o si estinguono. Toullier, t. 7, n. 346 e 396; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, cap. 5, sez. 4; Pardessus, n. 232.

È una conseguenza di questo principio, che, trattandosi della compensazione *facoltativa*, niente può rimproverarsi allo parte che potendo avvalersi della compensazieoe non la oppone; così che, preferendo essa di pagaro, od indi di ogiro pel conseguimento del suo credito, i privilegi o le ipotecbe annesse al credito medesimo rimangooo oel loro vigore. La disposizione quindi dell'art. 1253 cbe risguarda il caso della compensazione *di pieno dritto*, non può riferirsi alla compensazione *facoltativa*. Duranton, t. 12, n. 458.

(1) Vedi la nota precedente, § 3, pag. 416.

(2) Duo crediti possono essere liquidi ed esigibili, e quindi di natura ad esser compensati, quantunque procedano da cause diverse, e da contratti od obbligazioni differeoti, poichè non à già che si consideri la causa del debito, ma si à riguardo al pagamento reciproco cha ne è lo scopo, c sul quale vi è uo dritto uguale. Questo principio era anche riconosciuto dal dritto romano: *compensatio debiti ex pari specie*, LICET EX CAUSA DISPARI ADMITTITUR, diceva Paolo, *Sentent.*, lib. 2, tit. 5, n. 3. — Por esempio, io sono vostro debitore in virtù di una obbligazione ovanti notajo, per causa di mutuo; voi mi dovete dal vostro canto il prezzo di una cosa vendutavi; la compensasione avrà luogo tra noi, ebbenchè contemporaneamente creditori e debitori l' uno varso l' altro con differenti titoli, poichè i nostri crediti rispettivi, sebbene procedono da diverse obbligazioni, non sono perciò meoo indubitati, nè mono liquidi.

Conseguentemante, si può proporre la compensazione contro la condanna a' danni-interessi aggiudicati in materia penale od in materia civile, poichè, fuorchè ne' tre casi che l' art. in esame eccettua, la compensaziono à luogo, *qualunque sieno le cause dell' uno o dell' altro debito*. Or quando non vi è un testo di legge ch' esenta dalla compeosazione i danni-interessi aggiudicati in materia penale, bisogn' ammetterla, tanto maggiormente che questa quistione preveduta dol dritto romano, era decisa formalmente io favore della compensazione: *quoties ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva, coeterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet*, l. 10, § 2, ff. *de compensat.* Ed all'uopo Donello (*com. juris civilis*, lib. 16, cap. 15) spiegava così: *quod si quis cnnvenitur ex maleficii causa, potest huic petitioni compensationem obiicere, si quid sorte ei ex alia causa honesta debeatur: multo magis poterit obiicere ei, qui vicissim ex alia turpi causa quid debeat.* Questa teorica è confermata dal suffragio dagli altri giureconsulti. Coccei, *controv.* lib. 16, tit. 2, *quaest.* 12; Domat, lib. 4, tit. 3, sez. 2, n. 17; Merlin, *Rép.*, *v. compensation*, § 2, n. 16, e quistioni alla stessa v. § 4; lo stesso autore, nel *Rép.*, *v. reparation civile*, § 5, n. 6.

(3) Oltre i tre casi in queste articolo stabiliti, bisogna altresì ammettere com'eccezione, cbe la compensazione non potrebbo opporsi al fisco (*), relativamente a'dritti fiscali che gli sono devuti, sulla coosiderazione dol pubblico bene, il quale debbe prevalero in queste circostanze sull'interesse de'privati: la natura, l'uso e la destioazione di tali sorte di contribuzione, le quali riguardano il pubblico ioteresse, non permettono di farne la compensazione con debiti privati. È vero che le l. 1 e 3, C. *de compensat.*, ammettevano la compeosazione contro il fisco, ma ciò s'intendeva, come dev' intendersi oggi, per i debiti che si oppongono al fisco come privato, e questa idea espressa nelle citate leggi è chiarita dal-

---

(*) Lo Stato succeduto alle corporazioni soppresse à il dritto di esigere. Non ammette compensazione, non paga che in cedole: *decr. de'3 settem. 1812.*

V. l'art. 2185.

1.° quando si domanda la restituzione di una cosa di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato (1);

Gli art. 1757, 1804 e 1820.

2.° quando si domanda la restituzione del deposito o del comodato (2);

---

la l. 46, § 5, ff. *de jure fisci*, così espressa: *ut debitoribus fisci quod fiscus debet, compensetur, saepe constitutum est: excepta causa tributoria, et stipendiorum, item pretio rei a fisco emptae, et quod ex causa annonaria debetur*. Questo sistema fu ammesso per *jus receptum* nella passata ammieistrozione, como può vedersi in Vnot, tit. *de compensat.*, n. 16, in Afflitto, *decis.* 19, n. 14; e si raecoglia dalle discussinni del Consiglin di Stato di Francia, che s' intose ritenere oggidì. Eeco come si esprimo il processo verbala: « Il » coosolo Cambacérès rammotta cho giammai la compensazioea è stata ommessa in quaeto alle *imposizioni*. Sarebbe utile di onnunciare tal prineipio in questn orticolo. — Bigot-» Préameneu risponde, che la disposizioon dell'articolo essendo di dritto civile, è estraneo » alle *imposizioni* che si attengoeo oll' ordieo pubblico. Non vi è cosa che peó arrestarne » il pagamento: l'interesse generalo esige, che lo Stato non sia privato delle suo rendite. » — Portalis dice, che noe v' à compensaziono col tesoro pubblico cha allorquando esso » devo nel modo de' privoti a che gli si dovo nella stessa maeiera, val dire, allorchè il de-» bito oasce da' cnotratti regolati dal dritto civile, como sarebbe, per esempio, un con-» to di vondita ». Locré, t. 6, p. 98, n. 15.

In conseguenza, uo privato debitore della contribuzione fondiaria, non potrebbe compensare con quel che può essergli dovnto dal perecttore; e similmento un percettore non può compensare coe i danari della suo riscossione ciò che il ricevitore generale della provincia, nelle cui mani devo fare i versamonti, potesse dovergli nel *nome proprio*: Domat, lib. 4, tit. 3, sez. 2, n. 5. Diciamo nel *nome proprio*, poichè se, tra il percettore ed il ricovitor generale, i debiti ed i crediti sono per affari dello stessn ufizio contabile, *eadem statio*, come dieo la l. 1, C. *de compen.*, lo compensazione non può incontrare difficoltà. Così, per esempio, se un ricevitore geeerale dopo over renduto i snoi conti, si trovi in anticipazione verso il fisco di eno certa somma; e se oll'opposto nell'anno seguonte si trova debitore dol fiseo por una similo somma ed ancho maggioro, non vi è dubbio che, in questo caso, la somma che gli è dovuta nel primo anno del suo esercizio, verrà compensata con quella di cui egli stesso trovisi debitore nell'aono seguento. Gotofredo, sulla l. 1, C. *de compensat.*; Pothier, *obligat.*, o. 625; Toullier, t. 7, n. 379.

Bisogna dire lo stesso delle somme dovute ad uoa città, per i proventi giurisdizionali; l. 3, C. *de compensat.*, e gli autori citati.

(1) L'equità è quella che à introdotto la compensazione, e con l'equità medesima debb' esserne regolato l'uso. Essa deve quindi cessare in tutt' i casi in cui eon potrebbe aver luogo, senza offendere la buona fede. Or quoli soeo le convenzioni a gli obblighi, che di loro natura non possono giammai essere compeosati con altri debiti, quaotunque liquidi ed esigibili, perchè offendono la buona fede? Sono i tre casi menzionati io questo articolo, di cui qui ci fermiomo ad esaminore il primo, o nelle due note seguenli gli altri due.

Alla domaoda per la restituzione di una cosa fungibile, di eui il proprietario fu ingiustamento spogliato, non può opporsi dal coevenuto la compensazioee di un debito liquido ed asigibile dell'ottore, e questo disposiziono del n. 1 dell'art. in esamo ripete lo sua origine dalla l. 14, § 2, Cod. *de compensat.*, dov'è detto: *possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur*. L'ordine pubblieo esige cho lo spogliatore non sia, sotto qualunque pretesto, autorizzato a ritenere ciò che rubò o con altro mezzo illecito involò ol proprietario. Da ciò lo massima, *spoliatus ante omnia restituendus*. Gotofredo, sullo l. ult. § 2, C. *de compensat*; Sebast. *de* Medicis, *tract. de compensat.*, p. 2, § 23; Voet, tit. *de componsat.* n. 16; Pothier, *obligat.*, n. 625; Toullier, t. 7, n. 382.

Può però colui ch'è stato spogliato non avvolersi del suo dritto, e coesentire alla compensozione: è questa la compensazione *facoltativa*, di cui abbiamo discorso nella pagioa 420, § V.

(2) I. *Restituzione di un deposito*.—La compensazioee non può essere opposta per esentarsi dalla restituzione di un deposito, sia volontario, sio necessario, poichè altrimenti sarebbe autorizzare i mezzi fraudolenti, ed iecoraggiare i eittadini a tendersi agguati scambievolmente. *In causa depositi compensationis locus non est*, diee il giureconsulto Paolo, *Sent.* 2, n. 13 e 14, nè è meno formale il § 30, Inst. *de actionibus*. Così, per esempio, non dovete pretendere di compensare ena sommo di cui vi sono debitore, con altra che vi ò confidata in deposito; o similmente duo individui i quali fossero depositari l'uno rispetto all'oltro, non potrebbero opporsi reciprocamente la compeesozione de' loro rispettivi depositi, per dispensarsi dal restituirli. La ragiooe è, che il deposito deve restituirsi ie natura com'è stoto confidato ed appena che vieoe richiesto, art. 1816, a la detenzione cha se ne farebbe, sotto qualsivoglia pretesto, è punibile, l. 11, C. *depositi*, art. 430, *leg. pen.*—È altresì notevole, cho

3.° quando si tratta di un debito che ha per causa alimenti dichiarati non soggetti a sequestro (1).

V. gli art. 671, 672, 1080, p. c.

---

la disposizione dell'art. in esame è precisamente applicabile al deposito *irregolare*, di cui parlano le leggi 24, 25, § 1 e 26, § 1, ff. *depositi*, quando cioè si dà a taluno in custodia una somma di danaro per restituire, non già le stesse monete, ma la stessa somma. Imperciocchè, quando il deposito è ordinario, regolare, come quando si dà in custodia un sacchetto con delle monete, non si dà luogo a compensazione, non solamente perchè è deposito, ma per la regola generale (*vedi la nota 1, § 1, pag. 412*) che i debiti di corpi certi non ne sono suscettibili; Surdus, *cons. 246, n. 8, 9 e 10;* Pothier, *obligat.*, n. 625; Toullier, t. 7, n. 385; Duranton, t. 12, n. 448.

Compete però al depositario il dritto di *ritenere* la cosa depositata, quando il credito contro il deponente proceda dal deposito stesso, e tal è il credito delle spese fatte per la conservazione del deposito. Così l'art. 1820 à adottato la comune opinione de' dottori (Sebastiano de Medicis, *de compensat.* p. 1, n. 19; Vinnio, *quaest. selectae*, lib. 1, cap. 51; Pothier, *obligat.*, n. 625), la quale per altra era contrastata da Voet, tit. *de comp.*, n. 15.

Si è domandato, se il depositario che si trova nel tempo stesso creditore del deponente, cede il suo credito ad un terzo, potrebbe questi, notificata la cessione, sequestrare il deposito nelle mani del depositario? Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 367 approva per due ragioni una decisione renduta per la negativa dalla corte di Aix addì 24 febbrajo 1818; prima, perchè il cedente non à potuto trasferire maggior dritto che non avea egli stesso; e secondariamente, perchè nulla tornerebbe allora più facile che di eludere la proibizione della legge con una cessione simulata.—Ma noi non sapremmo piegarci a questa dottrina, che solamente quando è provato che il cessionario sia complice della frode, poichè è allora che tutto quello che si fa in froda della legge si rende nullo, l. 10, § 2, ff. *quae in fraud.*; non così però se non è provato che il terzo non ebbe parte alla frode del cedente, poichè il dolo è personale, ed il dolo del venditore non dee nuocere al compratore, l. 9, ibid. Nè è applicabile la massima, *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*, rammentata da Delvincourt, perciocchè il cessionario non pretende di esercitare sul credito dritti che non avea il cedente, ma avvalendosi del dritto che dà la legge di potersi acquistare i crediti, non fa che esercitarlo, ed è un estraneo a tutte le relazioni personali tra il cedente ed il debitor ceduto.

II. *Restituzione del comodato.*—Il dritto romano non autorizzava il comodatario a compensare ciò che avea avuto a questo titolo con un debito del comodante, l. 4, Cod. *comodati*; Voet, tit. *comodati*, n. 10; Domat, lib. 4, tit. 2, sez. 2, n. 6, e lib. 1, tit. 5, sez. 2, n. 13.—Sembra però a prima vista che la disposizione di questo secondo numero dell'art. 1247, che stabilisce, secondo il dritto romano, di non ammettersi compensazione in quanto alla restituzione del comodato, sia inutile, perciocchè non essendo per l'art. 1245 che le cose fungibili le sole suscettibili di compensazione, le cose fungibili non possono essere, per regola generale, oggetto di un comodato, per la ragione che il comodatario è tenuto a conservare la cosa che riceve in prestito, ed a restituirla *in individuo* nel tempo fissato dalla convenzione, art. 1746, 1750 e 1764.—Colpito da questa riflessione Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 368, e tit. XI, nota 14 dice, che per dare un senso al n. 2 dell'artic. 1247, bisogna dire che questo articolo prevede il caso in cui la cosa imprestata essendo perita per colpa del comodatario, egli è obbligato a restituirne il valore in danaro; e senza l'art. 1247 si sarebbe potuto pretendere, in questo caso, la compensazione del debito.

Ma siccome le cose che sono di natura a consumarsi coll'uso, possono benanche qualche volta far l'oggetto del contratto di prestito ad uso, secondo la decisione delle l. 3, § ult. e 4 ff. *comodati*, quando cioè, vengon date in prestito (giusta l'osservazione di Connano, *juris civ.*, lib. 7, cap. 3, n. 4, e di Pothier, *du pret à usage*, n. 17) non per l'uso naturale al quale queste cose sono destinate, ma solamente per l'apparenza, *ad ostentationem;* così Toullier, t. 7, n. 383 impugna la dottrina di Delvincourt, e ragiona così la sua opinione: « Poichè le cose fungibili ed il danaro possono ancora formare l'oggetto di un comodato, » quando viene fatto *ad pompam et ostentationem*, non è poi necessario, per dare un si- » gnificato al n. 2. dell'art. 1247, di stiracchiare le parole per applicarle al caso in cui la » cosa data in prestito essendo perita, il comodatario sia tenuto a restituirne il valore. In » questo caso, come Pothier insegna molto bene, *traité du pret*, n. 44, l'obbligazione del » comodatario viene convertita in un debito per danni-interessi liquidati in una somma di » danaro, e suscettibili di compensazione, come ogni altro debito consistente in una som- » ma di danaro ».

Sulla quistione, se il comodatario possa ritenere la cosa per le spese fatte per la conservazione della medesima, vedi le osservazioni all'art. 1757.

(1) Gli antichi giureconsulti stabilirono, sul fondamento delle l. 8, ff. *de alimentis le-*

V. gli art. 1893 e 1908.

1248. Il fidejussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore dee al debitor principale: ma il debitore principale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore debbe al fidejussore (1).

V. l'art. 1161.

E similmente il debitor solidale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore dee al suo condebitore (8).

---

gatis e l. 2, § *frumentariae*, ff. *de adm. rer. ad civit. pert.*, che al debito per causa alimentaria non si potrebbe opporre la compensazione, poichè è questo no oggatto privilegiato per la sua destinasione, che non potrebbe provar ritardo. Cujacio, sulla novella 88; Fabro, Cod., lib. 4, tit. 21, def. 7; Sebastiano de Medicis, tract. *de compensat.*, p. 2, § 14; Voet, tit. *de compensat.*, n. 16; Potbier, *obligat.*, n. 625.

Conseguentemente a tal dottrina, il 3. n. dell'art. 1247 eccettua dalla compensazione il debito che à per causa gli alimenti *dichiarati non soggetti a sequestro:* spiegazione è questa presa da Pothier; per la ragione che, se fosse permesso al debitore degli alimenti di compensarli con un credito che à contro colui a cui son dovuti, verrebbe ad esser pagato au quegli alimenti, su'quali tutt'i creditori non possono sperimentare dritto.

Ma quando gli alimenti non sono soggetti a sequestro? L'art. 671 n. 4 della *proc. civ.*, dichiara insequestrabili le somme e le pensioni date o lasciate a titolo di alimenti, quando anche il testamento e l'atto di donazione non abbia vietato espressamente il sequestro di esse; e soggiunge l'art. 672 della stessa *proc. civ.*, che le dette somme alimentarie, ancorchè ne fosse dal donante o dal testatore vietato il sequestro, potranno sequestrarsi per motivo di crediti posteriori all'atto di donazione, o posteriori all'apertura del legato; ma ciò, dice detto art., *non potrà aver luogo che dietro la permissione del giudice*, e *per quella sola porzione ch' egli medesimo determinerà*. Quindi, per quella porzione della pensione alimentaria, che il giudice permette di sequestrarla, può benissimo opporsi la compensazione, perchè in questo caso è cessata la ragione della legge che eccettua dalla compensazione il debito che à per causa gli alimenti.

Da ultimo è necessario osservare, che non è se non a riguardo degli alimenti pel tempo futuro, lasciati in testamento, o in altro modo, che la compensazione non può essere opposta. Altro però sarebbe in rapporto agli alimenti del tempo passato, i quali non godendo lo stesso favore, dicemmo (nella pag. 111 in princ.) che neanche sono indivisibili; la persona cui sono dovuti gli arretrati, essendo stata nudrita, ed avendo vissuto d'altronde, ciò di cui può andar creditore di arretrati della sua pensione alimentaria, non ha più in oggetto la necessità della sua sussistenza, nè merita più favore. Voet, tit. *de compensat.*, n. 16; Toullier, t. 7, n. 386.

In fine bisogna osservare, che la disposizione di questo n. 3. dell' art. 1247 si applica ai legati annui (*pag. 108*) fatti agli ospizi ed agli altri pii stabilimenti; poichè queste liberalità sono veramente da' doni per alimentare i poveri; Donello, *coment. juris civ.*, *lib. 16*, *cap. 15;* Voet, tit. *de compensat.*, n. 16.

(1) La regola da noi rammentata nella p. 417, § IV, che non possiamo opporre la compensazione se non di ciò che ci è dovuto personalmente, soffre eccezione riguardo a'fidejussori. Il fidejussore può opporre la compensazione, non solo di ciò che gli è dovuto personalmente dal creditore, ma di quello altresì che da lui è dovuto al debitore principale, dice l'art. in esame, coerentemente alla l. 5, ff. *de compensat.*, Imperciocchè, è della fidejussione, che il fidejussore non possa essere obbligato oltre a ciò che dee il debitore principale, e che possa servirsi di tutt'i mezzi di difesa che competono allo stesso debitore, art. 1908: ora, il debitore principale potrebbe opporre al creditore la compensazione di quello che costui gli dee: il fidejussore può dunque parimenti opporla.

Essendovi più fidejussori obbligati allo stesso debito, il confidejussore convenuto, a noi pare, può opporre al creditore, in compensazione, ciò di cui l'altro fidejussore è creditore per la porzione di questo condebitore; perciocchè essendo per l'art. 1905 divisibile il debito tra i fidejussori, ne avverebbe un circuito di azioni se non fosse permesso al fidejussore convenuto di opporre per la porzione dell'altro fidejussore, la compensazione.

In fine, dice questo primo comma dell'art. in esame, che il debitore principale non può opporre al creditore la compensazione di ciò che questi dee a' suoi fidejussori. La ragione di questa disposizione è evidente. Ciò che il creditore dee al fidejussore estingue, mediante la compensazione, la fidejussione; ma l'estinzione della fidejussione lascia intero il debito principale.

(2) Essendo il debito solidale un solo debito di una stessa cosa, di cui vari sono i debitori, il pagamento fatto da uno de'debitori libera tutti gli altri: è questo il principio stabilito dall'art. 1161.

Conseguentemente dovrebbe dedursi, che essendo la compensazione un pagamento che

1249. Il debitore che puramente e semplicemente ha accettato la cessione che il creditore ha fatta de' suoi diritti ad un terzo, non può più opporre

V. gli art. 1535 e seg.

---

si opera di pieno dritto, ad uno de' debitori solidali fosse lecito di opporre in compensaziona non solo il credito personale che à contro il creditore, ma anche ciò che il creditora deve ai suoi condebitori, poichè se col pagamento realo che avesse fatto il mio condebitore io mi troverei liberato, perchè poi non debbo essore liberato dal pagamento operato per ministero della legge? Ma il secondo comma dell'art. 1248 prescrive che *il debitore solidale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore dee al suo condebitore;* e dobbiamo perciò, per comprendere il senso di questa compilazione alquanto viziosa, cominciare dall'antico dritto.

Sembra che Papiniano nella l. 10, ff. *de duobus reis* considerasse come *personale (vedi l'art. 1161)* la eccezione della compensazione, la quale perciò non dee impedire gli effetti della solidarietà per rispetto agli altri condebitori: *si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet.*

Analizzando questa disposizione il savio Domat (lib. 3, tit. 3, sez. 1, n. 8) ne ricavò la seguente regola: « Se uno de' debitori, egli dice, avesse una eccezione personale ch' e- » stinguesse il debito per la sua porzione, una tale eccezione varrebbe per gli altri ri- » guardo a questa porzione. Così, per esempio, se uno de' debitori si trovasse creditore del » comun creditore, gli altri obbligati potrebbero domandare la compensazione sino alla » concorrente quantità di questa porzione, e sul dippiù di ciò che dal loro creditore fosse » dovuto a quest'obbligato in solido, non potrebbero domandarne la compensazione, meno » che non avessero per altre cause il dritto di quest'obbligato ». — E nella nota spiega co- sì: « Nel senso di questo articolo bisogna intendere il testo di Papiniano; mentre non sa- » rebbe giusto costringere uno degli obbligati a pagare la porzione di colui che avesse a » fare una compensazione col creditore. Imperciocchè, se questa compensazione non si fa- » cesse, e questo debitore che potesse farla *nomine* si trovasse impotente a pagare, coloro » che avessero pagato per lui non avrebbero risorsa, per aver pagato quel che non dovea- » no, o che avrebbero potuto giustamente compensare ».

Dopo Domat, Pothier *obligat.*, n. 274 trovò ragionevole e conforme all'equità la regola stabilita da Domat, la quale evita un circuito di azione; poichè, se il debitore solidale convenuto per l'intero non potesse opporre la compensazione per la porzione che à nel debito il condebitore che è creditore del creditor comune, ne avverrebbe che il convenuto per l'intero, essendo creditore del condebitore per la costui porzione nel debito, potrebbe sequestrare nelle mani del creditore la somma che deve al condebitore, e così avrebbero luogo due pagamenti, che si evitano, ammettendo la compensazione.

Così erano le cose, quando si devenne alla compilazione del Codice Civile. Il progetto non conteneva alcuna disposizione sul punto in esame, e questo comma si vede aggiunto nell'art. 1248, sulle osservazioni del Tribunato, che motivò così l'addizione proposta: « In » effetti, se si potesse opporre la compensazione di ciò che fosse dovuto ad un altro e non » a sè stesso, quantunque quest'altro fosse un condebitore solidale, ciò sarebbe dar luogo » a delle difficoltà senza numero: questo terzo si troverebbe chiamato suo malgrado in del- » le procedure impicciose. Bisognerebbe esaminare in sua contraddizione se il debito esi- » ste, sino a qual punto esiste, se è suscettibile di compensazione, etc. Egli è naturale che » la compensazione non abbia luogo tra due persone che per quel che desse si debbono ri- » spettivamente l'una coll'altra. Tali sono i motivi dell'addizione proposta ». Locré, t. 6, p. 134, n. 57.

Ma queste osservazioni del Tribunato che àn dato luogo alla compilazione del secondo comma dell'art. 1248 sembrano poco concludenti, poichè, se per ammettersi la compensazione tra le stesse parti, bisogna che i crediti rispettivi sieno liquidi ed esigibili, niente prova l'argomento che la compensazione del credito del condebitore solidale menerebbe ad imbarazzi, per la ragione che, quando i Tribunali non troveranno liquido ed esigibile il credito del condebitore solidale, sono nel dovere di rigettare la proposta eccezione di compensazione, siccome abbiamo dimostrato nelle p. 414 e 416. E d'altronde, essendo indubitato che gli autori del Codice civile àn tenuto per guida i dotti e fecondi lavori di Domat e Pothier, nè trovandosi ne' motivi espressi dal Tribunato potenti argomenti da escludere la regola di Domat, ànno con ragione Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 160, Toullier, t. 6, n. 733 e t. 7, n. 377, e Duranton, t. 12, n. 429 e 430, creduto di doversi tal dottrina applicare oggidì, malgrado la compilazione viziosa del secondo comma dell'art. 1248. Eglino osservano ragionevolmente, che bisogna intendere questa disposizione, che il debitore non può opporre in compensazione ciò che il creditore deve al suo condebitore, *fuorchè per la porzione di questo condebitore*; e questa idea, oltre di esser consona alle regole generali del dritto, che vogliono

al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima dell'accettazione.

La cessione non accettata dal debitore, ma che gli fu notificata, non impedisce la compensazione, fuorchè de' crediti posteriori alla notificazione (1).

---

evitare il circuito delle azioni, prendo altresì argomento dagli art. 1239, 1255 e 1319. Supponiamo, che Pietro e Paolo siono debitori solidali di Giacomo in ducati mille, e che posteriormente Giacomo diventi debitore in simil somma di Paolo. Si supponga, che Giacomo citi Pietro pel pagamento dell'intero debito; se questi non potrà opporgli, seguendo la lettera dell'art. in esame, la compensazione della quota di Paolo nel debito, cioè la metà, ne risulterà che Pietro sarà condannato a pagare ducati mille a Giacomo; che indi agirà contro Paolo per farsi pagare ducati 500, cioè la sua porzione nel debito; e che in fine Paolo sarà obbligato di agire contro Giacomo pel pagamento della somma di mille che gli deo. E chi non vede che con questo si darebbe luogo ad un circuito di azioni, circuito che (siccome disse l' oratore del governo, in Locré, t. 6, p. 176, n. 164) la compensazione à per iscopo di evitare? Or, ammettendo la compensazione per la porzione del condebitore nel debito, questo circuito si evita.

Evvi ancora dippiù. Non ammettendosi la compensaziona nel modo di sopra detto, potrebbe avvenire che il debitore che à pagato l'intero debito fosse nel caso di dovere ritorcere la sua azione contro lo stesso creditore per restituirglisi la quota, che à pagato pel condebitore. Imperciocchè, supposto, nel proposto esempio, che Paolo diventasse insolvibile, a segno tale che Pietro il quale à pagato a Giacomo l'intero somma di mille, non potesse esigere da Paolo la suo metà in ducati 500, Pietro come creditore di 500 d. Paolo, esercitando le costui ragioni che à contro Giacomo, potrebbe obbligarlo a pagare ducati 500; o in altri termini, Giacomo verrebbe a restituire ducati 500, mentre ammettendo la compensazione si eviterebbero queste dispendiose procedure.

In fine, per sostenere che l'art. in esame dev'essere inteso secondo la regola di Domat, si può dire, che il debitore convenuto per l'intero dal creditore, può domandare un termine per costringere il condebitore ad un regresso (*ved. la nota 1, pag. 299 e 300*), e come creditore quindi del condebitore à dritto di sequestrare nelle mani del creditore ciò che devo al condebitore, e così negli effetti il giudice è obbligato ad ammettere la compensazione per la porzione del condebitore nel debito.

(1) Dicemmo nella pag. 417, § 4, che tra le condizioni essenziali per valere la compensazione, i crediti ed i debiti debbono essere reciprocamente *personali*. Da ciò la disamina, se possa opporsi in compensazione al cessionario, ciò che mi dovea il suo cedente. L'art. in esame stabilisce una distinzione tra il caso dell' accettazione *volontaria* della cessione, da quello dell'accettazione *forzata*. Nel primo caso, il debitore avendo accettata la cessione che un creditore face de' suoi dritti ad un terzo, questo debitore non può più opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto prima dell' accettazione opporre al cedente: vi è in questo caso, rinunzia per parte di questo debitore a proporre l'eccezione della compensazione, e si può al certo, come diremo nella nota 2, p. 428, rinunciare alla compensazione. Se al contrario si tratta di un' accettazione forzata, val dire, che non sia stata accettata dal debitore, ma che gli fu significata, egli non può esser privato del dritto di compensare ciò che gli era dovuto dal cedente prima della denunzia della cessione, poichè la compensazione essendosi operata di pieno dritto, il cedente non poteva trasmettere al cessionario un credito di già estinto, l. 54, ff. *de reg. jur.*, e perciò il debitore può opporre al cessionario una eccezione perentoria (a tal è la compensazione) che poteva opporre al cedente, l. 143, ff. *de reg. jur.* Ma se il debitore avrà contro il cedente de' crediti posteriori alla notificazione della cessione, non potrebbe compensare questo credito con quello dovuto al cessionario, poichè dal momento della notificazione il cedente cessò di essere creditore del credito ceduto.—Ecco il principio stabilito dall'art. in esame, ricavato dalla dottrina di Pothier, *obligat.*, n. 632.

Sono intanto da notarsi le seguenti osservazioni:

1.° Che se la legge permette al debitore di opporre in compensazione al cessionario il credito che avea contro il cedente prima della notificazione della cessione, s' intende che questo credito deve riunire le qualità richieste dall'art. 1243, cioè dev' essere liquido ed esigibile; altrimenti non varrebbe per la compensazione. Per esempio, io debbo a Paolo mille ducati, pagabili nel 1 gennajo 1846; e posteriormente io divengo suo creditore di ducati 500 esigibili nel dì 1 giugno dello stesso anno. Paolo cede il suo credito a Pietro che mi denunzia la cessione nel 1 marzo 1846. Io non posso opporre al cessionario la compensazione di ciò che mi deve Paolo, perchè nel momento in cui Pietro divenne proprietario

1250. Quando i due debiti non sieno pagabili nello stesso luogo, non si può opporre la compensazione altrimenti che bonificando le spese di trasporto al luogo ove decsi fare il pagamento (r).

V. gli art. 1200, 1210, 1211 n.° 6.°, 1217.

---

del credito anche in faccia a me con la denunzia della cessione, il mio credito verso Paolo non essendo esigibile, non può entrare in compensazione. Voet, tit. *de compensat.*, n. 4; Toullier, t. 7, n. 392; Duranton, t. 12, n. 437.

Evvi però un caso in cui si può opporre la compensazione al cessionario, malgrado che nel momento della notificazione della cessione, il credito contro il cedente, opposto in compensazione, non fosse scaduto. Così, nel proposto esempio, se io e Paolo nel divenire reciprocamente debitori e creditori l'uno dell'altro, abbiamo formalmente stipulato che alla scadenza del termine o all'avveramento della condizione che sospendeva i due debiti o uno di essi, sarebbero compensati; allora il cedente non poteva cedere, in pregiudizio del dritto che io avea di compensare un credito sebbene non scaduto, ad un terzo, questo credito, l. 54, ff. *de reg. jur.*; e d'altronde è di regola che le eccezioni che si possono opporre a colui col quale si è contrattato, si possono opporre a' suoi successori a titolo universale o particolare, l. 143, ff. *de reg. jur.* Voet, tit. *de compensat.*, n. 4; Toullier, t. 7, n. 392.

2.° Che trattandosi di effetti commerciali negoziabili per via di girata, una notificazione o accettazione della cessione non è necessaria perchè il portatore del titolo cui è stato girato possa farsi pagare dal debitore, senza temere la compensazione tra il debitore e colui che à tratto l'ordine; perciocchè il principio che la cessione non giova al cessionario se non quando è intimata al debitore, non è applicabile agli effetti di commercio, a riguardo de' quali l'ordine vale per cessione. Pothier, *contrat de change*, n. 186; Pardess. *droit commerc.*, n. 227.

Ciò non pertanto, questa regola non si applica alle lettere di cambio impropriamente dette, le quali a' termini degli art. 111 e 113 delle *leg. di eccez.* sono riputate semplici promesse; nè agli effetti regolari, se la trasmissione per via di girata non à luogo che dopo la loro scadenza; poichè in questi casi gli effetti in parola sono spogliati del privilegio della girata ordinaria, cioè, di obbligare senza notificazione. In conseguenza, il debitore potrebbe far valere contro il cessionario la compensazione che avrebbe potuto, nel momento della scadenza, opporre al cedente, ed anche quella che avrebbe potuto opporgli sino a che il debitore medesimo fosse legalmente notificato. La ragione si è, che una tale girata è piuttosto un mandato, che una regolare trasmissione, e non può pregiudicare i dritti del debitore il cui debito era stato una volta estinto per la compensazione col cedente, art. 1253. Pothier, *contrat de change*, n. 185; Pardessus, *droit commerc.*, n. 132 e 317.

(1) Secondo i principî del dritto romano, il creditore avendo l'azione *de eo quod certo loco* (*vedi la nota 2, pag. 343*) per obbligare il debitore a pagare dov'ei si trova la somma pagabile altrove, ne veniva di conseguenza ch' egli potesse parimente obbligarlo a compensarla, l. 15, ff. *de compensat.* Ma oggi che l'art. 1200 dispone, che quando una cosa è pagabile in un luogo, non si può obbligare il debitore a pagarla in un'altro, parrebbe che si dovesse conchiudere, non poterla egli opporre in compensazione di ciò che in un altro luogo egli deve. Ciò non pertanto, siccome Domat, lib. 4, tit. 2, sez. 2, n. 8 avea insegnato (*malgrado che l'azione de eo QUOD CERTO LOCO non era osservata in Francia, siccome abbiamo osservato nella nota 2. p. 343*) che la diversità del luogo in cui i due debiti sono pagabili non dovesse fare ostacolo alla compensazione, coll'obbligo però a colui che oppone la compensazione di bonificare al creditore, che avea interesse che il pagamento gli si facesse in altro luogo, le spese occorrenti per la rimessa del danaro nel luogo dove dovea farsi il pagamento; e Pothier, *obligat.*, n. 633 avea trovata giusta questa decisione di Domat, essendo la compensazione un oggetto ch'esige il più esteso favore; così gli autori del codice civile, seguaci delle dottrine di Domat e di Pothier, l'anno sublimata in legge con l'art. in esame.

Pensano intanto Toullier, t. 7, n. 400, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, cap. 5, sez. 4, e Pardessus, *droit com.* n. 232, che la compensazione di somme pagabili in luogo diverso non si fa *ipso jure*, i cui effetti sono indicati nella pag. 411; ma si fa, secondo essi, *ope exceptionis* (*vedi la pag. 422, § V*), poichè dovendo colui che oppone questa compensazione offrire una somma per spesa di trasporto, non può produrre il suo effetto che dal giorno in cui viene opposta coll' offerta di queste spese. Questa dottrina è stata ragionevolmente confutata da Duranton, t. 12, n. 386, perciocchè la diversità de' luoghi in cui sono pagabili i due debiti, è una circostanza la quale non emerge dalla *natura* delle cose dovute, nè l'art. 1245 richiede altre condizioni, perchè la compensazione abbia luogo di pieno dritto, tranne che i debiti sieno liquidi ed esigibili. Le parole adoperate dall'art. in esame, *non si può opporre la compensazione*, non possono menare alla conseguenza che la compensazione de-

1251. Quando la medesima persona abbia più debiti da poter compensare, si osservano per la compensazione le stesse regole che si sono stabilite per l'imputazione nell'articolo 1209.

V. gli art. 1195 ll.cc., e 647 s.p.c.

1252. La compensazione non ha luogo a pregiudizio de' diritti acquistati da un terzo. Quegli perciò che, essendo debitore, è divenuto creditore dopo il sequestro fatto presso di se a favore di un terzo, non può opporre la compensazione in pregiudizio di chi ottenne il sequestro (1).

V. l'art. 1251.

1253. Colui che ha pagato un debito che per legge era estinto in virtù della compensazione, volendo sperimentare il credito di cui non ha opposto la compensazione, non può in pregiudizio de' terzi prevalersi de' privilegj e delle ipoteche che li erano annesse; purchè non abbia avuto un giusto motivo d'ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito (2).

---

v'essere opposta, per produrre il suo effetto, poichè le medesime parole essendo adoperate negli art. 1248, 1249 e 1253, sembra chiaro che con esse il legislatore altro non à voluto intendere, che la compensazione essendo una eccezione di fatto, dev'essere opposta dal convenuto, non potendo il giudice indovinare (*pag 411 in princ.*); ma opposta, produce il suo effetto *ipso jure* dal momento in cui i due debiti si sono incontrati.

(1) La compensazione è una finzione di dritto (*siccome abbiam osservato nella nota 2, pag. 409*), e l'effetto della finzione è di regolare i dritti delle parti, come se la cosa supposta fosse reale: *tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero*, dice Altesarra *de fictionibus juris tract.* c. 5. In conseguenza, siccome il pagamento fatto dal debitore non può pregiudicare i dritti de' terzi, art. 1195, così la compensazione ch'è un pagamento fittizio, non può neanche pregiudicare i dritti de' terzi; la legittimazione per susseguente matrimonio, che è pur una finzione di drillo, non pregiudica i dritti de' terzi, t. 1, nota 2, p. 79; la *ratifica* non pregiudica i dritti dei terzi, art. 1292: è questa una massima di dritto antico dal suffragio di molti giureconsulti e dal Sacro Consiglio Napoletano confermata sull'appoggio delle l. 63, ff. *de jure dotium*, l. 42, § 3, ff. *soluto matrim.*, l. 15, ff. *de usucap.*; Bartolo in l. 16, § 1, ff. *ratam rem haberi*; Surdus, *cons. 203, n. 49*; Capocelatro, *dec. 25*, n. 9; Sagaldo, *labyrinthus creditorum* part. 2, cap. 28, n. 41 a 44; de Franchis, *decis. 53*. — Da questo principio consegue:

1.° Che il debitore nelle cui mani sono state sequestrate le somme dovute al creditore, diventando posteriormente al sequestro creditore del suo creditore, non può in compensazione opporgli questo credito, dice l'art. in esame; perciocchè, se non poteva pagarlo in pregiudizio de' creditori sequestranti, per la stessa ragione non può opporgli la compensazione in pregiudizio de' terzi.

2.° Che l'aggiudicatario di un fondo non può, per liberarsi dall'obbligo di pagare il prezzo, opporre in compensazione un credito che à contro il debitore espropriato; poichè chi compra all'asta pubblica si obbliga di pagare il prezzo in primo luogo a' creditori. Voet, tit. *de compensat.*, n. 16; art. 2124, *ll. cc.*, e *157, 164, l. di espropriaz. del 29 dicembre 1828*.

3.° Che per la stessa ragione, nella vendita volontaria di un fondo, il cui prezzo è stato delegato a' creditori, il compratore non può opporre in compensazione un credito che avea contro il venditore, sia prima, sia dopo che i creditori dichiarino di voler profittare della delegazione. Imperciocchè, il compratore, diventando creditore dopo l'accettazione de' creditori delegati, si è di già perfezionato per l'art. 1075, nel costoro interesse, il contratto, ed un credito posteriore non si può opporre in compensazione in pregiudizio de' dritti del terzo. Se poi il compratore era creditore prima della delegazione, anche in questo caso non può farla valere, mentre con la delegazione del prezzo che poteva opporre in compensazione à tacitamente rinunciato (*vedi la nota seguente*) alla compensazione. Toullier, t. 7, n. 394.

(2) Colui che à pagato un debito che trovavasi di già estinto con la compensazione, à potuto ciò fare o per ignoranza in cui era della estinzione operata dalla legge mediante la compensazione, o pure per rinuncia espressa o tacita, non mettendosi in dubbio che si può rinunciare alla compensazione come ad ogni altro dritto, e l'art. 1249 ci à dato un esempio di rinuncia tacita. Toullier, t. 7, n. 395, e Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 370. Ma, sia che il debitore à pagato per errore un debito che trovavasi estinto con la compensazione, sia che non à voluto opporre la compensazione, à certamente dritto a ripetere quel che à pagato; nel primo caso, con la *condictio indebiti*, l. 10, § 1, ff. *de comp.*, e nel caso

SEZIONE V.

Della confusione.

1254. Quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, succede una *confusione* di diritto, che estingue i due crediti (1).

V. l'art. 1818.

---

di rinuncie, per equità, l. 7, § 11, d. tit. Questi principî sviluppati da Pothier, *obligat.*, n. 639 e 640 àn servito di base all'art. in esame.

Ma siccome è pur vero, che la compensazione non può pregiudicare i dritti de' terzi, art. 1252, è per essere un vero pagamento estingue i privilegi e le ipoteche annesse al credito, così si domandava anticamente, se il debitore che non avea opposta la compensazione, poteva far valere i privilegi e le ipoteche annesse al suo credito, pel quale, non essendosi avvaluto della compensazione, conserva l'azione di ripetizione. E Pothier, *obligat.*, n. 639 e 640 sviluppò chiaramente questa quistione, con una distinzione. Per esempio: io era vostro debitore di mille ducati, e sono divenuto in seguito erede di Pietro vostro creditore di egual somma. Non ostante che in questo caso il mio debito si era estinto per opera della legge con la compensazione, vi pago i mille ducati. I vostri creditori ànno pignorato in appresso i vostri beni, ed io domando di essere collocato nel primo grado, trovandosi il credito di Pietro, cui sono succeduto, il primo iscritto. Gli altri creditori posteriori possono opporsi, sol perchè la compensazione avendo estinti i crediti rispettivi, il pagamento da me fatto non può far rivivere un credito già estinto, ed altro non può darmi che un semplice diritto di ripetizione di una somma pagata indebitamente? Pothier rispondeva che era necessario di fare una distinzione. Se vi ho pagato i mille che vi doveva, non potendomi essere noto che Pietro aveva un credito contro di voi, sia perchè nel momento in cui ho pagato non era potuto pervenirmi in notizia di essere io a lui succeduto, sia per altro giusto motivo io era nell' ignoranza che Pietro fosse vostro creditore, in questo caso ho il dritto di conservare nel mio grado l'ipoteca pel credito di mille proveniente dall'eredità di Pietro. La ragione si è, che la compensazione essendo una finzione di legge, la quale suppone che le parti siensi rispettivamente pagate dall' istante che sono divenute creditrici e debitrici nello stesso tempo l'una verso dell'altra, questa finzione ch'è stabilita in favore delle parti tra cui si fa la compensazione, non dee aver luogo se non quando non può loro arrecare alcun pregiudizio o trarle in errore; non dovendo giammai un beneficio di legge pregiudicare a coloro cui la legge stessa lo accorda: *beneficium legis non debet esse captiosum.* — Altrimenti ne sarebbe, se io non ò opposta la compensazione con la cognizione che avea del credito di Pietro, poichè in questo caso la colpa è mia che vi ho pagato un debito che io sapeva essere estinto in forza della compensazione; nè può essere in facoltà delle parti di far rivivere con questo pagamento il mio credito in pregiudizio del dritto acquistato da' creditori posteriori: la compensazione essendosi fatta *ipso jure* (*secus della compensazione facoltativa, pag. 420, § V.*), ed estinguendo l'obbligazione, il privilegio o l'ipoteca che n' erano gli accessori sono pure annientati.

Questi principî sono la ragion motiva dell' art. in esame. *Exposé des motifs, in Locré*, t. 6, p. 177, n. 168; Toullier, t. 7, n. 391.

Da ultimo si domanda, se quest'azione di ripetere il debito pagato e che non si è opposto in compensazione per rinunzia o per ignoranza, può sperimentarsi quando nel giudizio erasi opposta la compensazione, e la eccezione è stata rigettata dal giudice? Bisogna risolvere il dubbio con una distinzione. Se la compensazione non è stata ammessa *ob causam*, val dire, perchè il debito opposto in compensazione mancava di una delle condizioni di cui si è parlato nella nota 1, pag. 412, o pure perchè il debito non poteva entrare in compensazione per trovarsi ne' casi di eccezione previsti dall' art. 1247, rimane salva l'azione di ripetere questo credito. Se poi la eccezione di compensazione è stata rigettata, perchè il debito che si opponeva in compensazione non era legalmente esistente, o pure era estinto, non si può ripetere con azione principale, poichè ciò che non si può opporre con eccezione, non si può chiedere con azione, l. *cum quaeritur* ff. *de re judicata*. Conseguentemente a queste idee, decide la l. 7, § 1, ff. *de compensat.* così concepita: *Si ratione compensationis judex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei judicatae exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensationem, quasi non existente debito: tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio.* Duareno, *comment.* sul titolo del dig. e del cod. *de compensat.*, cap. 2; Merlin, rep., v. *success.*, sez. 1, § 2, art. 3; Toullier, t. 10, n. 126 e 127; Duranton, t. 12, n. 460.

(1) La *confusione*, considerata come modo di estinguere l' obbligazione, dà luogo alle

V. gli art. 1906 e 1907.

1255. La confusione che ha luogo nella persona del debitor principale, giova a' suoi fidejussori: quella che succede in persona del fidejussore, non estingue l' obbligazion principale: quella che ha luogo nella persona del

---

seguenti disamine: 1.° Che cosa è la *confusione*, ed in quale caso si effettua; 2.° Quali sono gli effetti generali della confusione; 3.° In quali casi cessa la confusione; 4.° In quanti modi può effettuarsi la confusione. I primi tre articoli formano oggetto di questa nota, e l'ultimo della nota seguente.

I. *Che cosa è la confusione, ed in quale caso si effettua.*—L'obbligazione suppone essenzialmente due persone (*pag. 222*), non potendo nello stesso individuo riunirsi la qualità di creditore o di debitore. Or quando avviene che il diritto del creditore e l'obbligazione del debitore si riuniscono nella stessa persona, si opera la *confusione* propria ad estinguere l'obbligazione. Ma perchè questa confusione abbia luogo, bisogna che la riunione nella stessa persona di debitore e di creditore sia per successione a titolo universale, poichè è in questo caso che l'erede rappresentando il defunto, si considera come la stessa persona di costui, per le seguenti ragioni: 1.° Il defunto o l' erede considerandosi come una sola persona, non si può essere contemporaneamente debitore o creditore di sè stesso l. 34, §. 8 ff. *de solut*, l. 21, § 2, ff. *de fidejus*, l. 41 pr. e § 1, ff. *de eviet.*— 2.° È contrario alla natura dell' obbligazione, che ciascuno possa o non possa, a suo arbitrio, promuovere azione contro di sè, l. pen. *de recept. arb.*, l. 20, § 1, ff. *de fideicom. libert.* l. 108 *de* V. O., e l. 8, ff. *de act.* — 3.° L'obbligazione è attivamente presso il creditore, e passivamente presso il debitore: or *actio et passio* non possono concorrere nella stessa persona; Trentac. *var. resol.*, lib. 3, res. 51; — 4.° L'erede domanderebbe invano ciò ch'è nella successione, *et quod proprium est alicui, amplius ejus fieri nequit*; l. 3, § 4, ff. *de acquir. poss.*, l. 159, *de reg. jur.*, l. 14, §. 2, *de exc. rei judic.* Cujac. *ad l. 59*, ff. *ad SC.* Trebel., *in quaest. Pauli*, e sulla l. 95, ff. *de solut. in quaes. Papiniani*; Donello, *coment. juris civ.*, lib. 16, cap. 4; Coccei, *controv.*, lib. 46, tit. 4, *quaest.* 5, § 7; Voet, tit. *de solut.*, n. 18; Pothier, *obligat*, n. 643 e 648.

II. *Effetti generali della confusione.*—Poichè la confusione si opera per la riunione nella stessa persona del debito e del credito, essendo il debitore divenuto erede del creditore, o vice versa, ne consegue:

1.° Che la confusione ha luogo *ipso jure*, l. 5, C. *de haered. act.*, l. 8, ff. *ad SC. Trebel*, l. 7 e 95, § 2, ff. *de solut.*, l. 50, *de fidejus*. Cujacio, sulla l. 95, § *aditio hereditatis, in quaest. Papiniani*; Guido Papa, *decis* 209, n. 2; Brunneman *ad* l. 93 e 94, e seq. ff. *de solut.*; Coccei, *controv.* l. 46, tit. 4, quaest. 5, § 6. (*Sul senso delle parole IPSO JURE, vedi la pag. 410*).

2.° Che l'eredità dividendosi attivamente tra gli eredi (*t. 1, nota 3, p. 337 e seg.*) ne consegue che la confusione estingue l'obbligazione per l' intero, se la persona presso cui si opera la confusione è erede per l'intero, *ex asse*; se lo è in parte, l' obbligazione si estingue per la parte di cui è erede, non già per la parte de'coeredi; l. 1 e 6, C. *de hered. act.*, l. *si ab eo Cod. de negot. gest.*; Cujac., sulla l. 59, *ad* SC. *Trebell. in quaest. Pauli*; Donello, *com. lib. 16, cap. 4*; Pothier, *obligat*, n. 648; Toullier, t. 7, n. 422. — Così, per esempio, Tizio mi deve mille, ed intestato istituisco me e Mevio per suoi eredi. Siccome gli eredi rappresentano il defunto *pro portionibus hereditariis*, e sono tenuti al pagamento de' debiti ereditari per la rispettiva parte (*vedi gli art. 791 e 794*), così i mille sono dovuti da me e da Mevio. Or non potendo io, erede di Tizio nella metà, pagare a me stesso la metà del debito in ducati 500, per le ragioni date nel principio di questa pag., si è operata la confusione, che ha estinto il debito. Ma per la parte che deve Mevio non è operata la confusione, poichè non io la pago a me stesso, ma la ricevo dal mio coerede. — Altro esempio: Tizio istituisce me e Sempronio per suoi eredi, ed a me fa un legato di ducati mille. Questi mille si debbono pagare *pro rata* da' due eredi, l. 45 e l. 124 ff. *de legat.* 1.° Poichè io non posso pagare a me stesso la mia rata, si è operata la confusione ed è venuto a mancare il legato, l. 34, § 1, ff. *de legat.* 2.°; ma per la parte che dal coerede mi si deve pagare, vale il legato, nè si è fatto confusione, perchè vengo a riceverlo dal coerede. Coccei *controv.*, lib. 46, tit. 4, *quaest. 5*, § 5.

3.° Che la confusione non estingue l'obbligazione a guisa del pagamento, ma libera la persona dalla obbligazione, *et puto*; *aditionis haereditatis: confusione obligationis, eximi personam*, l. 71, pr. ff. *de fidej*. La ragione si è, che la obbligazione si estingue con la confusione, non perchè sia stata soddisfatta con la volontà del creditore, ma perchè il credito e 'l debito trovandosi riuniti in una sola persona per l'adizione dell'eredità, niuno può ripetere da se stesso il debito. Quindi con la confusione si estingue l'obbligazione personale, ma non la *reale*, per l' esercizio della quale non s' incontra l' ostacolo dell' impedi-

creditore (1), non giova a' suoi condebitori solidali, se non per la porzione di cui egli era debitore (2).

V. l'art. 1162.

---

mento di cui si è parlato, ma si sperimenta contro il terzo possessore. *Aditione hereditatis confundentur* NOMINA *et jura* PERSONARUM, *non causae* RERUM, *non obligationes* RERUM, *et propter pignorum obligationes,* dice Cujacio sulla legge 59, ff. *ad S.C. Trebel in quaest. Pauli*; e sulla l. 38, *de condict. indebiti, ad Africanum* dice, *confusio personarum non mutat causam rerum*. E lo stesso grande giureconsulto, spiegando la l. 20, ff. *de haered. vendit.* (ad Africanum 7) sviluppa lo stesso principio con una mirabile profondità e chiarezza. Imperciocchè, ammesso che la confusione estingue l'obbligazione personale, non potendo riunirsi nella stessa persona la qualità di creditore e di debitore, cessa l'effetto di questo principio quando si tratta di agire contro il terzo. Per il che, il creditore che diventa erede del debitore, vendendo l'eredità, può esigere dal compratore dell'eredità medesima il credito, l. 2, § 15 e § 18 ff. *de haered. vend.*; e vice versa, il debitore che diventa erede del creditore, vendendo l'eredità, deve al compratore dell'eredità medesima ciò che dovea al defunto, l. 20, § 1, ff. *de haered. vend.* Per la stessa ragione, la servitù di cui era gravato il fondo di Tizio verso il mio, estinta per essere io divenuto l'erede di Tizio, reviviscе con la vendita che io fo dell'eredità, l. 9, § pen. ff. *de hered vend.*, e l. 10, ff. *comm. praed.* La stessa teorica è stata sviluppata da Coccei *controv*, lib. 46, tit. 5, *quaest.* 5, § 12.

4.° Sugli altri effetti della confusione, vedi la nota e, di questa pag. e seg.

III. *In quali casi cessa la confusione.*—In generale, la confusione cessa: 1.° col mancar la causa che l'ha prodotta; 2.° per effetto della volontà del testatore; 3.° coll'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario.

Sul primo caso, la massima *obligatio semel extinta non reviviscit, nisi justa causa subsit ex qua aequitas subveniat*, riceve qui tutta la sua applicazione. Se l'accettazione dell'eredità era la causa della confusione, la restituzione *in integrum* (art. 700) contro l'eredità fa cessare la confusione, l. 21, § 1, l. 29, ff. *ex quib. caus. major.*, l. 39, § 1, ff. *de minoribus*. Similmente cessa la confusione con l'evizione dell'eredità per parte di un parente più prossimo, o per la inofficiosità del testamento promossa dagli eredi della riserva, l. 18, ff. *de inof. testam.*, l. 41, § ult. ff. *de evict.* — Cessa pure la confusione, se il gravato di restituzione, a' termini degli art. 1003 e 1004, deve restituire, l. 59, ff. ad S. C. Trebell., ed ibi Cujacio, *in quaest. Pauli;* Coccei *contr. lib. 46, tit. 4, quaest. 5, § 15;* Toullier, t. 7, n. 437.

Sul secondo caso, la l. 76, § 2, ff. *de legatis 2.°*, accorda al testatore il dritto d'impedire la confusione, e questo impedimento può altresì risultare tacitamente dal testamento, come p. e., se vieta il testatore all'erede d'imputare il suo credito. Hillig, *ad Donellum, lib. 8, cap. 25;* Coccei, *controv., lib. 46, tit. 4, quaest. 5, § 15*, in fine.

Sul terzo caso, non si mette in dubbio che l'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario impedisce la confusione, tanto de' dritti dell'erede contro l'eredità, che de' dritti dell'eredità contro l'erede, art. 719; così che i creditori del defunto possono costringere l'erede a pagare ciò di cui era debitore: Perezio, nel tit. del Cod. *de jure deliberandi*, n. 11. Ciò è anche una conseguenza del principio di sopra accennato, che la confusione si opera tra il defunto e l'erede, ma non già in pregiudizio del terzo; e d'altronde sarebbe lo stesso che dar luogo alle frodi, laddove si volesse ritenere, che l'erede beneficiato ch'era debitore del defunto à estinta la sua obligazione per effetto della confusione. Per esempio, il testatore deve a Seio ducati 2000, e contemporaneamente è creditore di ducati 2000 di Cajo ch'istituisce erede. Ammessa la confusione, solo perchè Cajo è stato istituito erede, Seio si troverebbe escluso dal suo dritto. Or è ciò che non può trovare appoggio nella legge; perciocchè, se Cajo accettando la eredità puramente e semplicemente è tenuto a pagare i debiti ereditari, l'accettazione col beneficio dell'inventario impedisce solo che paghi *de proprio*, ma il debito personale forma parte dell'eredità, e quindi deve pagarlo a' creditori dell'eredità. Coccei, *controv.*, lib. 28, tit. 8, *quaest.* 4.

(1) Il signor Palliet su questo art. osserva, che bisognava dire DEBITORE invece di CREDITORE, e che basta leggere l'art. per rimanerne convinto. È chiaro in vero che il legislatore à inteso parlare del caso in cui l'uno de' debitori solidali divenga erede del creditore, altrimenti non lascerebbero intendersi le parole *non giova a' suoi condebitori*. E questa anche una osservazione di Grenier, *hypot.* n. 176. Vedi la nota seguente, pag. 432, n. 4.

(e) Questo articolo ci offre l'occasione ad esaminare in quanti modi può effettuarsi la riunione nella stessa persona de' dritti del debitore e delle obbligazioni del debitore; e l'effetto particolare che ne deriva in ciascuno di questi casi. Voet, tit. *de solut.* n. 18, rac-

SEZIONE VI.

Della perdita della cosa dovuta.

1256. Quando una certa e determinata cosa che formava l'oggetto della obbligazione, venga a perire, o sia posta fuori di commercio, o si perda

---

comanda di distinguere con attenzione questi diversi modi, ad oggetto di evitare una confusione d'idee nel trattato stesso della confusione.

1.° *Il debitore può succedere al creditore, o il creditore al debitore.*—Nella precedente nota abbiamo spiegato, che è in questo caso appunto che si opera la confusione, la quale estingue l'obbligazione principale non solo, ma anche le accessorie: *cum principalis causa non subsistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent*, l. 129, ff. *de reg. jur.* Rimangono quindi estinte le fidejussioni, dice l'art. 1255, coerentemente alle ll. 38, § 1, 95, ff. *de fidejus.*, 34, § 8, ff. *de solut.*, non che le altre obbligazioni accessorie, *quae accessorium locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremtae fuerint*, l. 2, ff. *de peculio legato*; Coccei, *controv.*, lib. 46, tit. 4, *quaest.* 5, § 4; Pothier, *obl.* n. 644.

2.° *Il debitore che succede al fidejussore o ad altri accessoriamente obbligati, o pure il fidejussore al debitore.*—In questo caso rimane estinta l'obbligazione accessoria della fidejussione, e rimane la principale, la quale non à bisogno dell'obbligazione accessoria per sussistere; l. 24 e 50, ff. *de fidejus.*, l. 93, § 2 e 3, ff. *de solut.*, l. 24, Cod. *de fidejus.*, art. 1907; Voet, tit. *de solut.*, n. 20; Toullier, t. 7, n. 425.—S'intende già che questa estinzione della fidejussione riguarda l'obbligazione personale, poichè i beni che dal fidejussore succeduto al debitore, o viceversa, erano stati obbligati con ipoteca, continuano ad esser gravati, per la ragione datane nella pag. preced. Duranton, t. XII, n. 473.

Ma con questa confusione non rimane però estinta l'obbligazione del certificatore del fidejussore; art. 1907.

3.° *Confusione che si fa allorchè il creditore diventa erede del fidejussore, o viceversa.*—In questo caso rimane estinta l'obbligazione accessoria della fidejussione, niuno potendo essere fidejussore di sè stesso, e ferma rimane l'obbligazione principale del debitore, la quale può sussistere, senza alcuna obbligazione accessoria, l. 71, ff. *de fidejus.*; Voet, tit. *de solut.*; Pothier, *obligat.*, n. 645; Toullier, t. 7, n. 429.

4.° *Confusione che si fa allorchè uno de' debitori solidali succede al creditore, o il creditore ad uno di essi.* — In questo caso non è estinta l'obbligazione, ma ferma rimane l'obbligazione solidale, fatta deduzione della parte confusa, dice l'art. 1255, in conformità dell'art. 1162, e della l. 71, ff. *de fidejus.*; imperciocchè non avviene confusione quando due obbligazioni sono egualmente principali, *quoties duae obligationes sunt principales, alteram alteri potius adjici ad actionem, quam confusionem parere*, l. 39, § 1, ff. *de solut.*, l. 5, ff. *de fidejus*; Coccei, *controv.*, *lib.* 46, *tit.* 4, *quaest.* 5, § 5; Voet, tit. *de solut.*, n. 22; Pothier, *obligat.*, n. 275 e 645; Duranton, t. XI, n. 220; vedi la nota 4, pag. 301.

È chiaro quindi che la parola CREDITORE adoperata nell' ultima parte dell' art. in esame 1255 forma un errore di redazione, mentre deve dire DEBITORE, per le ragioni datone nella nota 1, pag. 481.

5.° *Uno de' creditori solidali succede al debitore, o il debitore ad uno di questi creditori.* — In questo caso l'obbligazione non rimane estinta con la confusione se non per la porzione spettante a questo creditore, *cujus persona eximitur.* Nè ciò è contrario al principio stabilito nell'art. 1150, che il pagamento fatto ad uno de' creditori solidali libera il debitore in faccia agli altri creditori; poichè il pagamento fa sì che la cosa non è più dovuta, e quindi libera il debitore anche il pagamento fatto da un terzo; ma con la confusione non è che la cosa cessa di esser dovuta, ma è la persona del debitore che cessa di essere obbligata verso di sè stessa; così che rimane ferma l'obbligazione nel dippiù. Voet, tit. *de solutionibus*, n. 22; Toullier, t. 7, n. 431; Duranton, t. XII, n. 471.

6.° *Il fidejussore, che avea garantito due debitori solidali succede ad uno di essi, o uno di essi al fidejussore.* — Se è il fidejussore che succede ad uno de' debitori solidali, egli rimane fidejussore dell'altro, l. 21 e 4, ff. *de fidejuss.*, e Voet, tit. *de solut.*, n. 23; salva al fidejussore l'azione contro il debitore pel quale à pagato, a' termini dell'art. 1902. Duranton, t. XII, n. 477.

Se poi è uno de' debitori solidali che sia succeduto al fidejussore, egli riman pure fidejussore nell' interesse dell'altro condebitore; potendo benissimo la fidejussione sussistere tra

in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, se la cosa sia perita o perduta senza colpa del debitore, e prima che egli sia in mora.

V. gli art. 1090 a 1093, 1146, 1148,

Quando anche il debitore sia in mora, e non abbia assunto a suo carico il pericolo de' casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore, ove gli fosse stata consegnata.

V. gli art. 997, 1618, 1753.

Il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega.

In qualunque modo sia perita o siasi smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'à sottratta, dalla restituzion del valore (1).

---

lui ed il creditore: Voet, ibid. Quindi, se egli paga come fidejussore, à l'ozione solidale contro gli altri condebitori, dedotta la sua porzione, come erede di uno de'condebitori: se paga poi come debitor solidale, à l'azione divisa, a' termini dell'art. 1167, contro i condebitori. Duranton, t. XII, n. 477.

7.° *Il fidejussore che si era obbligato verso due creditori solidali, può succedere ad uno di essi, o uno di essi al fidejussore.* — Se è il fidejussore che succede ad uno de' creditori solidali, egli rimane obbligato verso dell'altro, per la porzione di costui nel credito, perchè la confusione non ha potuto estinguere l'obbligazione del fidejussore, che per la porzione del creditore che rappresenta; ma il fidejussore à l'azione contro il debitore, come il rappresentante di quel creditore, verso cui il debitore era obbligato. Voet, tit. *de solut.*, n. 23; Toullier, t. 7, n. 432.

Se poi è uno de'creditori solidali che succede al fidejussore, devesi per la stessa ragione decidere, che rimane fidejussore nell'interesse dell'altro creditore; salva sempre a lui l'azione contro il debitore per aver dovuto, come fidejussore, pagare il creditore superstite, non che per conseguire la propria porzione, come creditore; Voet e Toullier, ibid.

8.° *Un creditore solidale può succedere all'altro, o un debitore solidale al suo condebitore.* — In questo caso non avviene confusione, la quale non si verifica, quando due obbligazioni sono di egual forza, egualmente principali, giusta le leggi e le autorità citate nella pag. precedente, n. 4. Voet, tit. *de solut.*, n. 24; Toullier, t. 7, n. 433; Delvincourt, t. 8, tit. 3, nota 384.

9.° *Un fidejussore succede ad un confidejussore.* — In questo caso, neanche à luogo la confusione, per la ragione datane ne' numeri 4 e 8 di questa nota: le due obbligazioni *sunt ejusdem potestatis*, e non vi è ragione per cui debba confondersi un'obbligazione, anzichè un'altra, l. 21, § 1, ff. *de fidejus.*; Voet. tit. *de solut.*, n. 25; Toullier, t. 7, n. 433; Duranton, t. XII, n. 478.

(1) La importante teorica della estinzione dell'obbligazione per la *perdita della cosa dovuta* merita ampi e precisi sviluppamenti, perchè contiene principi generali da estimarsi con giudizio ed accuratezza ne' diversi contratti particolari. Per discuterla quindi con chiarezza conviene dividere questa nota in 4 §. Nel primo, discorreremo della perdita naturale o civile della cosa che forma l'oggetto dell'obbligazione, e come conseguenza accenneremo la teorica del *concorso di due cause lucrative nella stessa persona, per la liberazione*. Nel secondo, spiegheremo a quali cose si applica il principio, che la perdita ne estingue l'obbligazione. Nel terzo, discuteremo, se estinta l'obbligazione di una delle parti contraenti per la perdita della cosa, rimanga nella sua integrità l'obbligazione dell'altra parte. Nel quarto, tratteremo de'casi ne'quali la perdita della cosa non libera il debitore.

I.

Principi generali sulla perdita naturale o civile della cosa che forma l'oggetto dell'obbligazione.—Disamina del concorso di due cause lucrative per la liberazione.

I. *Perdita naturale o civile della cosa.* — La perdita della cosa dovuta estingue l'obbligazione, e libera il debitore contro la volontà del creditore, l. 23, 33 e 37, ff. *de verb. oblig.*; perciocchè non potendo contrarsi obbligazione senza una cosa dovuta, art. 1062, non può posteriormente sussistere per la perdita della cosa medesima, niuno essendo tenuto all'impossibile, l. 185, ff. *de reg. jur.* Questi principi di dritto àn dato luogo alla disposizione dall'art. 1256, che dichiara estinta l'obbligazione con la perdita della cosa che ne forma il subbietto. Donello, *com. juris civ.* lib. 16. cap. 1; Pothier, *obligat.*, n. 629; Toullier, t. 7, n. 442.

E la *perdita* della cosa può essere *naturale* o *civile*. Donello (*com. juris, lib. 16, cap.*

1.) chiama *naturale* la perdita che ha luogo col cessar la cosa di appartenere fra gli oggetti umani, come l'animale promesso è stato ucciso, la casa è stata consumata dall'incendio, il fondo distrutto dall'alluvione. *Civile* è poi la perdita, quando la cosa abbia cessato di essere nel commercio degli uomini, così che non può per l' articolo 1088 formare più oggetto dell'obbligazione; come, per esempio, l'edifizio promesso è diventato chiesa, il fondo è stato destinato per uso pubblico: la cosa non potendo per siffatta perdita naturale o civile darsi dal debitore, è egli liberato dall'obbligazione: *nam et cum quis rem prophanam, aut Sthicum dare promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra coeperit, aut Sthicus ad libertatem pervenirit*, l. 83, § 5 ff. *de verb. obligat.*, e la stessa disposizione trovasi ripetuta dal § 2 *item contra, Inst. de inutil. stipulat.*, e dall'art. 1256. Donello, *com. jur. civ.*, lib. 16, cap. 1, Pothier, *obligat.*, n. 650; Toullier, t. 7, n. 446. — V. in fine del § seguente, pag. 436.

Una cosa ch'è perduta in modo che se ne ignori l'esistenza, è poco differente da quella che ha cessato di esistere; e perciò insegnava Pothier, *obligat.*, n. 656, che anche in questo caso è estinta l'obbligazione. La stessa disposizione è ripetuta dall' art. 1256, e quindi, se io avea mandato ad offrire al creditore una somma di danaro compresa in un sacchetto, *in arca*, come dice la l. 23, ff. *de verb. obl.*, la quale è stata rifiutata dal creditore, e l'usciere mentre veniva a restituirmi il danaro è rubato, è estinta la mia obbligazione verso il creditore (*v. la pag. 368 in princip*): e similmente, se io avendo in deposito un cassettino che contiene una somma di danaro, mi viene rubato, io sono liberato dall' obbligo di restituire la cosa depositata, art. 1801.

II. *Del concorso di due cause lucrative alla liberazione* — Dal principio che l'obbligazione si estingue allorchè la cosa che ne formò l' oggetto non è suscettibile assolutamente di obbligazione, ne è derivata la regola di dritto, che l' obbligazione si estingue altresì quando la cosa cessa di essermi dovuta, per essere io divenuto proprietario della cosa medesima in virtù di un altro titolo. Imperciocchè, una cosa di cui sono divenuto proprietario non può più essermi dovuta, per la regola generale che, *quod meum est, amplius meum fieri non potest*, e per conseguente colui che è obbligato a darmi la stessa cosa, è liberato, mancando il subbietto dell'obbligazione. Ecco l'origine della celebre regola stabilita da' giureconsulti romani, che due cause lucrative non possono concorrere per la medesima cosa in favore della medesima persona: *duas* LUCRATIVAS *causas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse*, § 6, Inst. *de legatis*. — *Omnes debitores qui speciem ex causa* LUCRATIVA *debent, liberantur, cum ea species ex causa* LUCRATIVA *ad creditores pervenisset*, l. 17 ff. *de obligat. et act.* — *Si rem, quam ex causa* LUCRATIVA *stipulatus sum, nactus fuero ex causa* LUCRATIVA, *evanescit stipulatio*, l. 83, § 6, ff. *de verb. obligat.* Lo stesso principio è ripetuto nella l. 61, ff. *de solut.*

Tre condizioni si richieggono perchè siffatta regola riceva la sua applicazione :

1.° Che la cosa dovuta al creditore a titolo *lucrativo* gli sia pervenuta con altro titolo anche *lucrativo*. In dritto si distingue la causa *lucrativa* dalla non lucrativa, altrimenti detta *onerosa*. Chiamasi *lucrativa* la causa, quando uno riceva una cosa a titolo di lucro, senza corrispondere dalla sua parte cosa alcuna, e tal è la donazione, il legato, l. 4, § 29 ff. *de doli mali exc.*, l. 83, § 6, ff. *de verb. obligat.*, l. unic. § *lucrativos* C. *de im. lucrat. descript.* È *onerosa* la causa, quando riceviamo una cosa, per la quale siam' obbligati ad un'altra, e tal è la vendita, la permuta, § 6, Inst. *de legatis*. — Or, è il concorso di due cause lucrative che debbe verificarsi per dirsi estinta l'obbligazione del debitore; perciocchè se io era creditore a titolo oneroso della cosa di cui poscia sono divenuto proprietario a titolo lucrativo, o viceversa, se era creditore a titolo gratuito della cosa di cui sono diventato proprietario a titolo oneroso, l' obbligazione non è estinta. Per esempio, voi mi avete venduto un fondo che non era vostro, ed intanto il vero proprietario mi ha donato il fondo medesimo; la vostra obbligazione risultante dalla vendita non è estinta, perciocchè il debitore a titolo oneroso (a tal è il venditore per garantia) deve il prezzo della cosa indebitamente venduta, e non può dirsi di aver apportato al compratore alcun emolumento, *quia videtur res ei abesse, cui praetium abest*, l. 14 ff. *de verb. signif.* E perciò che la legge 19, ff. *de obligat. et act.* diffinisce, *quum creditor, ex causa onerosa, vel emptor, ex* LUCRATIVA *causa, rem habere coeperit, nihilominus integras actiones retinent*. Per la stessa ragione, al creditore che à avuto la cosa a titolo oneroso, non gli è vietato di domandarla da chi si era obbligato a dargliela a titolo lucrativo, *qui non ex causa lucrativa rem habere coeperit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere*, d. l. 19, ff. *de obligat. et act.* Donello, *com. juris civ.* lib. 16, cap. 5; Vinnio, sul § 6, Inst. *de legatis*; Pothier, *obligat.*, n. 654 e 655.

2.° Che la cosa sia la stessa, un corpo certo, *eandem rem*, come dice il § 6, Inst. *de le-*

gatis, o determinata nella specie, *speciem*, come dice la l. 17 ff. *de obl. et act.* Trattandosi quindi di un debito di una cosa indeterminata, non si verificherebbe la proposta regola, l. 34, § 3, ff. *de legatis* 1.°; nello stesso modo (*come vedremo nel § seg. di questa nota*) che la teorica generale della estinzione della obbligazione per la perdita della cosa dovuta non si applica che alle cose certe e determinate. Donello *com. juris, civ.* lib. 16, cap. 5; Vinnio, sul § 6, Inst. *de legatis*, n. 2.

3.° Che per estinguersi l'obbligazione, bisogna che il creditore abbia acquistato una piena e perfetta proprietà della cosa dovutagli; senza di che il debito sussiste, ed il debitore di questa cosa è obbligato di procurare al creditore ciò che manca alla perfezione del dritto di proprietà. Per esempio, Tizio mi à donato un fondo, ma prima di eseguirne il rilascio ed anche prima che io avessi trascritto l'acquisto, lo ha venduto a Cajo, il quale mi ha donato la nuda proprietà di questo fondo con riserva di usufrutto; è chiaro che Tizio rimane mio debitore di questo usufrutto che manca al mio godimento, poichè *non videtur perfecte cujusque id esse, quod ex causa auferri potest*, l. 139, ff. *de reg. jur.* Pothier, *oblig.*, n. 653.

II.

A quali cose si applica il principio che la perdita ne estingue l'obbligazione.

Non la perdita di ogni cosa che appartiene al debitore estingue l'obbligazione, ma la perdita della cosa *dovuta*; o come diceva Pomponio nella l. 5 ff. *de rebus creditis*, *ejus quod mihi dare oporteat*, cioè la cosa *certa* che formava l'oggetto dell'obbligazione; e perciò l'art. 1256 applica la sua disposizione alle cose *certe e determinate*. Imperciocchè, le cose *generaliter deductae in obligationem*, quelle cioè che sono semplicemente determinate nella specie, nel senso dell'art. 1083, come, per esempio, dieci cavalli, cento ducati, 20 botti di vino, non sono cose *certe*, ma cose indeterminate, *generaliter deductae in obligationem*; ed è principio di ragione che *genus non perit*. In conseguenza, se il mio debitore di cento ducati ha sofferto un furto di tutto il suo patrimonio, non è perciò liberato dall'obbligazione di pagarmi, perchè non può dirsi che à perduto i cento che mi doveva, o per servirci delle parole di Donello (*com. juris civ. lib. 16, cap. 1*), *ut enim omnes res debitoris pereant, tamen dici non possunt illi centum aurei, quos debuit, periisse; quia certos non debuit, eoque non suos magis, quam alienos, sed generaliter et infinite centum, ubi illi fuerint, quos nancisci possit postea et dare*. È perciò che la legge 11, Cod. *si cert. pet.* decide, che il debitore di una somma di danaro non è liberato per l'incendio de' suoi effetti, *incendium aere alieno non liberat debitorem*, perchè *mutuum damus recepturi non eadem species quam dedimus, sed idem genus*, l. 2, princip. *de reb. cred.* Donello, *com. juris civ.*, lib. 16, cap. 1; Pothier, *obligat.*, n. 638.

Il principio generale perciò, che la perdita della cosa dovuta, considerata come modo di liberazione, riguarda le obbligazioni di una cosa *certa e determinata*, riceve la sua applicazione ne' contratti particolari, cioè, nell'usufrutto o nell'uso, art. 542 e 550; nelle servitù, art. 624; nel caso di perdita d'immobile soggetto a collazione, art. 774; nel caso della perdita della cosa legata, art. 997; nelle locazioni, art. 1568, 1630 1656; nell'enfiteusi, art. 1688; nella società, art. 1737; nel comodato, art. 1754; nel deposito, art. 1801; nel pegno, art. 1950; nel caso della perdita del fondo soggetto ad ipoteca e che trovasi presso il terzo possessore, art. 2069.

Per ciò che riguarda le obbligazioni alternative, vedi gli art. 1146 e 1148.

Nelle obbligazioni *facoltative* (*vedi la nota 1, pag. 293*), la perdita della cosa ch'è nell'obbligazione libera il debitore. Così, *per esempio*, la vendita si rescinde per lesione oltre la metà, art. 1520, e l'obbligazione del compratore non è che di una sola cosa, cioè, della restituzione del fondo; egli non è in alcuna maniera debitore del supplemento del giusto prezzo, non essendosi giammai obbligato, che al prezzo contenuto nel suo contratto, ed a niente dippiù. La scelta che l'art. 1527 gli accorda di pagare il supplemento del giusto prezzo, non è che una *facoltà* ch'essa gli dà, di liberarsi dall'obbligazione di restituire il fondo, col pagamento di cotesto supplemento; tal supplemento non è, come osserva Pothier *de la vente* n. 348, che *in facultate solutionis et luitionis*, esso non è già *in obligatione*. In conseguenza, se prima che il venditore leso oltre la metà abbia intentata la sua azione rescissoria, e non abbia perciò costituito l'acquirente in mora di restituirgli il fondo venduto, il fondo venduto perisca per caso fortuito, l'azione rescissoria del venditore rimane estinta, e l'acquirente non può essere più forzato a supplire il giusto prezzo, perocchè il supplemento del giusto prezzo non era per lui che una facoltà accessoria alla sua obbligazione di

restituire il fondo, e perchè l'accessorio non può sopravvivere al principale. Questo insegnono Accorsio, Bartolo, Paolo di Castro e Cagnolo, sulla l. 2, Cod. *de rescindenda venditione*; Pinello, nel suo comentario sulla medesima legge, par. 2, cap. 1, n. 36; Covarruvias, *variae resolut*, lib. 2, cap. 4, n. 10; Fachinco, *controversiae juris*, lib. 2, cap. 18; Pothier, *obligat*. n.244, e *de la vente*, n. 348.

In fine è da osservarsi, che se della cosa perduta rimane una parte, il debitore non cessa di essere obbligato a dare ciò che ne resta. Se una epizoozia ha distrotto il gregge venduto, il venditore è obbligato di consegnare gli animali superstiti; se l'edifizio è stato distrutto da un incendio, i materiali ed il suolo appartengono al compratore, l. 22, ff. *de legat.* 1. Imperciocchè il creditore essendo proprietario della cosa anche prima della tradizione, art. 1092, *meum est quod ex re mea superest*; l. 49, § 1, ff. *de rei vindic.* Pothier, *obligat.*, n. 660 e 669.

Se impertanto la cosa perita *civilmente* (*v. il § 1. di q. nota, p.433*) per essere stata destinata ad uso pubblico, ritorni in commercio, apparterrà al debitore o al creditore? Era questa una grave quistione agitata da'giureconsulti romani, di cui possono vedersi i ragguagli in Doneilo, sulla l. 83 § 5, *de verb. obl.*, n. 8, ed in Vinnio, Inst. *de inut. stip.* § 2, n. 10. Basta per noi il dire, che il giureconsulto Celso portava opinione, che per la restituzione della cosa nel commercio dovea l'obbligazione reviviscere; ma questa opinione non fu ammessa, perchè una obbligazione estinta in perpetuo, non può riprodursi, l. 98, § 8, ff. *de solut.* — Che che ne sia di siffatta controversia degli antichi, sotto l'impero del codice sembra cosa regolare il decidere, che il debitore per la perdita *civile* della cosa trovasi liberato dall'obbligazione, sulla considerazione che il contratto aveva della cosa renduto proprietario il creditore. Or, non potendo il governo convertire una proprietà privata in uso pubblico, senza il compensamento al proprietario, art. 470, ne consegue, che se il creditore non à ricevuto questo compenso, la restituzione della cosa in commercio, obbliga il governo a restituirla al creditore che ne era il proprietario nel momento in cui se l'appropriò. Toullier, t. 7, n. 477.

III.

Se estinta l'obbligazione di una delle parti per la perdita della cosa, l'obbligazione dell'altra parte rimanga nella sua integrità.

Famosa fu presso gli antichi giureconsulti siffatta quistione, la quale prendeva la sua origine da due contrarie regole di dritto; delle quali, la prima stabiliva, che un atto da principio vizioso non può divenir valido per effetto di avvenimenti posteriori; *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, l. 29, ff. *de reg. jur.* La seconda regola ammetteva la massima inversa, che, cioè, un atto valido da principio non viene distrutto per avvenimenti posteriori, che riducono le cose ad un segno tale che non potrebbe avere il suo cominciamento: *non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit a quo initium capere non potuerunt*, l. 85 § 1, ff. *de reg. jur.*

Or siffatte due regole di dritto presentarono a'dotti larghe e profonde discettazioni sulla quistione che ci occupa; ma la comune de' dottori stabilì una distinzione fondata sulla ragione e su'testi di legge. Se il contratto è perfezionato, vale la regola della l. 85, § 1 ff. *de reg. jur.*, poichè un avvenimento posteriore, non può distruggere gli effetti di un contratto perfezionato; così che stabiliva il § 3, Inst. *de empt. et vendit.*, che la perdita della cosa venduta non liberava il compratore dall'obbligazione di pagare il prezzo, perchè il contratto di compra-vendita trovandosi perfezionato col consenso dato dalle parti sulla cosa e sul prezzo, l'avvenimento posteriore della perdita della cosa venduta, non può retroagire sul passato. — Per lo contrario, se il contratto, nel momento in cui si perde la cosa, non è perfezionato, e manca qualche altro atto per ricevere il perfezionamento, si applica la regola catoniana stabilita nella l. 29 *de reg. jur.*, che la perdita della cosa libera anche l'altra parte dalla sua obbligazione, poichè l'avvenimento della perdita del cosa impedendo che il contratto si porti al suo compimento, *res incidit ad eum casum in quo incipere non poterat.* — Questa distinzione fondamentale ammessa da giureconsulti di grave autorità (*vedi* Vinnio, Inst. sul § 14 *de legatis*) fu contrastata da Averanio, *interpretationes juris*, lib.4, cap.26, n. 2 e seg., specialmente perchè è difficile il conoscere, anzi non è definito da'giureconsulti, quando può dirsi un atto *perfetto*, e quando *imperfetto*. Ma il dottissimo Giacomo Gotofredo illustrando mirabilmente nel suo celebre comentario del titolo *de reg. jur.* la l. 85, § 1, di sopra trascritta, ammette la riferita distinzione tra

atti perfetti e consumati, e gli atti che pel loro perfezionamento richieggono qualche altra cosa.

Ammessa questa distinzione, facciamone l'applicazione a' contratti che trasferiscono la proprietà, non che a quei che conferiscono soltanto il godimento della cosa; ed a quo' che consistono nell'obbligazione di fare.

I contratti che trasferiscono la proprietà o sono puri, o condizionali. De' condizionali non si dubita dallo stesso Averanio, *contr. lib.* 4, cap. 26, n. 6, che la perdita della cosa in pendenza della condizione fa sì che rimane estinta l'una e l'altra obbligazione, e l'art. 1135 compruova luminosamente questa verità. Ma ne' contratti puri, la regola esposta riceve tutta la sua applicazione, perciocchè col consenso delle parti divantano perfetti. Così, nella vendita, la perdita della cosa (*vedi le osservazioni all'art. 1430*) non libera il compratore dal pagamento del prezzo, siccome decidono il § 3, Inst. *de empt. vendit.*, e la l. ult. Cod. *de periculo et comod. rei vendit.*, perchè il contratto di compravendita è perfetto non appena si è convenuto della cosa e del prezzo, l. 1 e 9 ff. e l. 2, Cod. *de contr. empt.*, e l. 48, ff. *de obl. et act.*; art. 1428.

Ne'contratti che conferiscono il godimento, la perdita della cosa estingue l'obbligazione dell'altra parte, perchè il godimento è una condizione tacita dell'obbligazione, e d'altronde essendo il godimento l'atto che deve perfezionare il contratto, *res incidit in eum casum a quo incidere non poterat*. Così, nell'enfiteusi, la perdita del fondo libera l'enfiteuta dal pagamento del canone, art. 1688; negli affitti, la distruzione del fondo locato, libera l'inquilino dall'obbligazione di corrispondere la mercede, l. 9, § 1, e l. 33, ff. *locati*; Pothier, *louage*, n. 209; art. 1568 e 1615; Toullier, t. 7, n. 450.

Nello obbligazioni di fare, è l'esecuzione dell'opera che perfeziona il contratto. Per la morte quindi dell'artefice, dell'architetto o appaltatore si scioglie il contratto, dice l'art. 1614, così che rimane pur estinta l'obbligazione di pagare il salario. Giacomo Gotofredo nel classico trattato *de Salario*, cap. 6; Toullier, t. 7, n. 464.

IV.

De' casi ne' quali la perdita della cosa non libera il debitore.

I. La regola generale di sopra esposta, che la perdita della cosa libera il debitore, riceve la sua applicazione quante volte la perdita avvenga per *caso fortuito*: è il caso fortuito che esenta da ogni risponsabilità civile, l. 23, ff. *de reg. jur.*, l. 6, Cod. *de pignorat. act.* E siccome la legge non fa distinzione tra casi fortuiti ordinari o straordinari, comprende nella sua disposizione gli uni e gli altri: rapporto di Jaubert al Tribunato, in Locré, t. 6, p. 218, n. 58.

Ma spetta al debitore di provare il caso fortuito che allega? L'art. 1256 risponde affermativamente, secondo la dottrina di Pothier, *obligat.* n. 656, poichè il caso fortuito essendo una difesa che si appone dal debitore, dev'egli fornire la pruova della sua eccezione, l. 19, ff. *de probat.*

II. Per quattro cause importanto si perpetua l'obbligazione del debitore, malgrado la perdita della cosa: 1.° la colpa del debitore; 2.° la mora di lui; 3.° la convenzione di dovere sopportare i casi fortuiti; 4.° il furto. Tanto si raccoglie dall'art. 1256, su di che bisogna dare qualche sviluppamento.

1.° *Colpa del debitore.*—È chiaro che la colpa del debitore non può liberarlo dall'obbligazione di pagare il prezzo della cosa perduta, co' danni ed interessi, se vi à luogo, art. 1101 e seg. Vedi la nota 3, pag. 246, e nota 2, p. 257. Pothier, *obligat.*, n. 661.

Se però la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore, laddove gli fosse stata pur consegnata, l'art. in esame dispensa in questo caso il debitore dall'obbligo di pagarne il valore, e ciò coerentemente alle leggi 47, § ult. ff. *de leg.*; 14, § 1, ff. *de depos.*; 12, § 4, *ad exhib.*; 15, § ult. ff. *de rei vindic.*; art. 997; Pothier, *obligat.*, n. 664.

2.° *Mora.*—Tutto ciò che riguarda la teorica sulla mora, ha formato oggetto della nota 4, p. 247 e seg.

Se dopo la mora del debitore, la cosa perisse anche se si fosse consegnata al creditore, debitore è per l'art. 1256 liberato, coerentemente alle leggi or ora citate.

3.° *Convenzione su' casi fortuiti.*—La convenzione con la quale il debitore si sottopone a' casi fortuiti niente contiene d'illecito, che anzi dalla l. 23, ff. *de reg. jur.*, e dall'art. 1256 viene espressamente autorizzata, per regola generale. Di questo principio si è dalla legge fatta applicazione ne' diversi contratti particolari, come negli affitti, art. 1618, nel deposito, nel comodato e nel pegno, secondo le ll. 1, Cod. *de depost.*, 1, Cod. *de comod.*,

n 6., Cod. *de pignoratitia actione*, Donello, Com. *juris civ.*, lib. 16, cap. 3; Gotofredo, sulla l. 1, Cod. *de comod.* Pothier, *obligat.*, n. 669.

Ma nell'obbligazione di rispondere de' casi fortuiti si comprenda sol quella de' casi fortuiti preveduti o facili a prevedersi, ovvero anche quei detti straordinari? Era questa una sì grave controversia presso gli antichi giureconsulti, che Everardo Ottone stimò di scrivere una dissertazione *de casibus insolitis et insolentioribus et insolentissimis*. Con ragione Pothier, *obligat.* n. 668, prendendo arg. della l. 9, § 1, ff. *de transact.* insegnò che, siccome le convenzioni debbono intendersi secondo la presunta volontà de' contraenti, le parti stipulando su' casi fortuiti non hanno inteso parlare che de' casi fortuiti ordinari, e l'art. 1618 fornisce un valido argomento per potere in generale seguire questo principio di ragion naturale.

4.° *Perdita della cosa rubata.* — Il ladro è sempre in mora a restituire, *semper enim* MORAM *fur facere videtur*, l. 8, § 1, ff. *de condict. furtiva*, e l. 20, *eod.* — Da ciò la l. 8 prin. dello stesso titolo obbligava il ladro a restituire il valore della cosa rubata, e la medesima disposizione è ripetuta dall'art. 1256. Il ladro però può purgare la mora, su di che vedi la p. 250 in fine, e Voet, tit. *de condictione furtiva*, n. 6.

E qual sarà il valore della cosa perduta che dovrà pagare il ladro? Risponde la l. 8, § 1, *de condict. furtiva*, che si deve considerare quel tempo in cui la cosa acquistò il maggior valore dopo commesso il furto, *id tempus spectandum, quo res unquam plurimi sit;* ancorchè questo maggior valore avesse la cosa acquistata per l'opera del ladro, l. 13, det. tit. e Voet, ibid., n. 6.

Le stesse leggi romane decidevano, che la perdita della cosa nelle mani di chi l'avea rubata o altrimenti involata, non lo dispensava dal pagarne il valore, ancorchè constasse che la cosa sarebbe egualmente perita presso il proprietario, l. 20, ff. *de condict. furtiva*, l. 46, princ. e 67, § ult. ff. *de furtis*, l. 1, § 34, e l. 19, ff. *de vi et vi arm.*, per la ragione, *quod ita receptum odio furti et violentiae*. Queste leggi così intese da Voet, tit. *de condict. furtiva*, n. 6, da Pothier, *obligat.*, n. 664, ed il cui principio è stato da Toullier, t. 7, n. 468 applicato al codice in vigore, sono sembrate dure a Duranton, t. XII, n. 506, sul fondamento che niuno deve arricchirsi col danno altrui; e d'altronde nell'ultimo comma dell'art. 1256, egli non vede una disposizione, la quale faccia sopportare la perdita della cosa al ladro, quando dimostrasse che sarebbe stata la cosa involata egualmente perita presso il proprietario. — Ma le ragioni di Duranton non ci sembrano in alcun modo valevoli a farci dipartire dalla dottrina stabilita dal dritto romano, che al certo i compilatori del codice in questa parte seguirono sulle tracce di Pothier. Imperciocchè, se la legge permette il patto di doversi la perdita per caso fortuito sopportare dal debitore, senza che con questo patto si potesse rimproverare al creditore di volersi arricchire col danno altrui, si trova al certo in una peggior condizione il ladro, il quale paga il fio del suo delitto col restituire il valore di quella cosa che pur sarebbe perita presso il proprietario. Il ladro sin dal momento del furto ha contratto la tacita obbligazione di restituire, e come un avvenimento posteriore potrebbe esentarlo da questa obbligazione? E d'altronde, con le parole dell'ultimo comma dell'art. 1256, *in qualunque modo*, il legislatore ha voluto dimostrare, che le eccezioni stabilite ne' due primi commi dello stesso articolo, relative alle cause per le quali la perdita della cosa per fatto del debitore era pur causa di liberazione, quando constasse che la cosa sarebbe egualmente perita presso il proprietario, non eran da applicarsi al ladro.

In quanto agli eredi del ladro. — Gli eredi del ladro sono tenuti per la rispettiva porzione ereditaria a pagare il valore della cosa involata, l. 7, § 2 e l. 9, ff. *de condict. furtiva*, e l. 2, Cod. *de hered. act.*, art. 791. — Se però uno degli eredi possiede la cosa furtiva, egli può esser convenuto per l'intero, arg. l. 3, § 3, ff. *comod.*, l. 6, § 1, ff. *de edendo*; Voet, tit. *de condict. furtiva*, n. 6.

Insegna intanto Toullier, t. 7, n. 468, che l'obbligazione del ladro di pagare il valore della cosa involata non passa a' suoi eredi, quando la cosa sarebbe egualmente perita nelle mani del creditore, per l'unica ragione che « questo rigore, son sue parole, ha luogo secondo il codice, *per chi ha sottratta la cosa*, E NON GIÀ PE' SUOI EREDI ». — Ma solo perchè il codice non nomina gli eredi del ladro, si può conchiuderne che questa obbligazione sia *esclusivamente personale?* L'art. 1076 sembra di respingere la limitazione pretesa da Toullier: vedi la nota 1, p. 232.

III. *Disamina della teorica, se la perdita della cosa per fatto di uno de' coobligati o de' coeredi libera gli altri.* — Per procedere con chiarezza, esaminiamo i diversi casi che possono presentarsi.

1.° *Perdita della cosa per fatto di uno de' debitori solidali.* — Gli altri condebitori non sono liberati dall'obbligazione di pagare il valore della cosa perduta: art. 1158, e nota 2, pag. 300.

1257. Allorchè la cosa è perita, o posta fuori commercio, o perduta senza colpa del debitore, è questi tenuto a cedere al suo creditore i dritti e le azioni d'indennità, che sulla medesima potrebbe avere (1).

V. l'art. 1806.

SEZIONE VIII.

Delle azioni di nullità o di rescissione de' contratti (2).

1258. L'azione per annullare o per rescindere un contratto dura dieci

2.° *Perdita della cosa per parte del debitor principale, in quanto al fidejussore.* — Il fidejussore non rimane liberato, l. 58, § 1, ff. *de fidejus.*, e l'art. 1888 dice, che la fidejessione per una obbligazione principale si estende agli accessori di un debito. Or è una obbligazione secondaria che deriva dalla obbligazione principale, quella di conservare la cosa sino alla tradizione. Pothier, *obligat.*, n. 665; Toullier, t. 7, n. 470; Duranton, t. XII, n. 508; Delvinc., lib. 3, tit. 5, nota 358.

3.° *Perdita della cosa per fatto del fidejussore.* — In questo caso è liberato il debitor principale, l. 24, § 1. ff. *de usur.*, l. 88, ff. *de verb. obligat.* La ragione della differenza tra questo caso ed il precedente è, che il fidejussore è obbligato pel debitor principale; ma il debitor principale non lo è pel fidejussore, e conseguentemente non è tenuto per l'obbligazione che il fidejussore ha contratto per suo fatto. Pothier, *obligat.*, n. 666; Toullier, t. 7, n. 471; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, note 388 Duranton, t. XII, n. 509.

4.° *Perdita della cosa per fatto di uno degli eredi del debitore.* — In questo caso, il solo erede pel cui fatto la cosa è perita deve pagarne il valore, ma gli altri eredi sono liberati, l. 48, § 1, ff. *de legat.* 1.° Il defunto sarebbe rimasto liberato per la perdita della cosa dovuta, senza sua colpa; l'erede deve dunque similmente esser liberato per la perdita avvenuta senza il fatto del defunto, e senza il suo proprio. L'erede è tenuto pe' fatti del defunto, poichè succede alle obbligazioni del defunto; ma non è tenuto del fatto de' suoi coeredi; ciò che vien deciso dalle leggi 9 e 10 ff. depos. Pothier, *obligat.*, n. 306 e 667; Toullier, t. 7, n. 473; Duranton, t. XI, n. 284 e t. XII. n. 511.

(1) Questo articolo, la cui disposizione è estratta dalla dottrina di Pothier, non sembra conciliabile con i principi del nuovo codice sul trasferimento della proprietà.

Pothier, *obligat.*, n. 670 si esprime così: « Quando senza colpa del debitore, la cosa » ch'egli doveva è perita, o posta fuori di commercio, o perduta in modo che se ne ignori » l'esistenza, se il debitore à de' dritti e delle azioni su questa cosa, la sua obbligazione » sussiste, nel senso che è tenuto di surrogare il creditore ne' suoi dritti e nelle sue azioni. » Per esempio, se voi siete mio debitore di un cavallo che, senza vostra colpa è stato ucciso da un terzo, o vi è stato rapito con violenza, senza che si sappia che ne sia avvenuto, voi sarete, in verità, liberato verso di me del cavallo; ma sarete obbligato di » surrogarmi nelle azioni che avete contro coloro che l'ànno ucciso, o che l'ànno rubato. » Similmente, se voi siete debitore verso di me di un terreno, che, dopo, è stato occupato » per fare una pubblica piazza, voi siete liberato verso di me del terreno, ma dovete surrogarmi nell' indennità che avete dritto di pretendere; ed apparterrà a me di fare le » spese necessarie per ottenerla a mio vantaggio ». — Nel render conto di questo articolo gli oratori del governo e del Tribunato si avvalsero dell' argomentazione di Pothier, e finanche degli esempi da lui addotti. Locré, t. 6, p. 178, n. 172, e p. 218, n. 59.

Ma Toullier, t. 7, n. 476 à ben a ragione censurata la disposizione di questo art., come inutile. La dottrina di Pothier era esatta sotto l'impero delle leggi romane, che richiedendo la tradizione pel trasferimento della proprietà, il debitore che conservava la proprietà per non aver fatta ancora la tradizione, dovea giustamente cedere al creditore le azioni contro il terzo, che l' avea messo nella impossibilità di eseguirla. Ma oggi, il creditore divenuto proprietario per effetto del contratto e prima della tradizione (art. 632, 862, 1092, 1428), non à bisogno della cessione del debitore per agire contro il terzo che à messo il debitore nella impossibilità di eseguire la tradizione; ma come proprietario della cosa à egli solo il dritto di agire nel nome proprio contro del terzo; *meum est quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo*, l. 49, § 1, *ff. de rei vindic.*, e l. 14, § 2, ff. *de condict. furtiva.* Nè la disposizione dell' art. 1806 potrebbe giustificare quella dell'art. in esame; perciocchè se il depositario cui fu tolta la cosa per forza irresistibile deve restituire quella ricevuta in cambio, non l' è certamente per effetto della cessione forzata, ma del principio di sopra ricordato, che *meum est quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo.*

(2) Il trattato delle nullità e della rescissione delle convenzioni è uno de' più importanti

V. gli art. 1468; 1522 a 1726.
V. gli art. 206, 1063, 1072, 1267, 1375, e 2160.

anni in tutti i casi ne'quali non sia stata ristretta a minor tempo da una legge particolare.

Questo tempo non comincia a decorrere nel caso di violenza se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo, se non dal giorno in cui sono stati scoperti; e riguardo agli atti delle donne maritate fatti senza autorizzazione, se non dal giorno dello scioglimento del matrimonio.

V. gli art. 321, 411, 425, 432 e 2158.

Relativamente agli atti fatti dagl' interdetti, il tempo non decorre se non dal giorno in cui è tolta l' interdizione; e riguardo a quelli de' minori, non corre se non dal giorno della maggior età (1).

---

e difficili della legislazione civile, perchè abbraccia nel suo complesso tutto il sistema della risoluzione delle convenzioni per vizi che si riferiscono alla intrinseca loro natura, o alla forma dell'atto destinato a provarle. Gli articoli quindi di questa sezione richieggono un'accurata analisi, la quale si rende difficilissima non tanto per l'elemento storico da cui non può andar disgiunta, che per le discordanze de' dottori sulla intelligenza di ciascuna disposizione, massime sulla teorica generale delle nullità. Noi procureremo di distrigare questa materie con precisione e chiarezza.

(1) Per ben comprendere la teorica della nullità delle convenzioni bisogna premettere quello della *solennità* degli atti, non potendo concepirsi una nullità senza la trasgressione di una solennità dalla legge stabilita. E sebbene questa sezione si riferisca alla nullità delle convenzioni, poichè il titolo cui è collocata è relativo alle convenzioni in generale, ci sembra cosa opportuna presentare un trattatino sulla nullità in generale. Questa nota adunque tratterà in un primo § *delle solennità* degli atti, e ne' § seguenti delle *nullità* secondo l'ordine indicato nella pag. 443.

I.

Discorso sulle SOLENNITA' degli atti.

I. *Origine ed oggetto delle solennità.* — I contratti, i testamenti, i giudizi ànno le loro forme chiamate in giureprudenza *solennità*, *solemnia*, la cui origine è antica per quanto sono antiche le leggi. Imperciocchè le leggi ànno la loro sorgente ne' bisogni sociali, e per opera delle leggi medesime si son dovute introdurre le *solennità* a garantia degli atti della vita civile. Bene adunque nella l. 2, § 6, ff. *de origine juris* è detto, *ex his coepit fluere jus civile, et actiones compositae sunt.*

A misura che i governi si avviarono ad un miglior civile reggimento, le solennità si aumentarono in ragione del conto in cui eran tenuti l'onore, la fortuna, la vita e la libertà civile de' cittadini. E' questa una osservazione giudiziosa di Montesquieu, *esprit des lois*, lib. 6, cap. 2.

Per il che, le solennità sono di tanta importanza, che nella loro osservanza riposa la legalità dell'atto cui si riferisce; donde la massima, *forma dat unicuique esse*, *id quod est*, l. 9, ff. *ad exhib.* Non si dice quindi un atto *solenne*, perchè è solito a farsi, ma perchè riunisce il concorso di quelle formalità che la legge à stabilite per renderlo valido e per assicurarne l'esecuzione. Questa idea trovasi bellamente esposta da Donello, sulla l. *sciendum 30 de verb. obligat.*, ne'seguenti termini: *SOLEMNE non usitatum ut solitum fieri, sed quod est in certo et constituto more positum, ut vis verbi declarat*, l. pen. ff. *de in integrum rest.*, l. 26, § 7, ff. *ex quib causis major. Hic SOLEMNIA alicujus rei dicuntur, quae desiderantur jure ad rem aliquam conficiendam, et sine quibus, quod geritur, nullum est.* — Così, ne' testamenti le solennità richieste sono dirette ad assicurare la volontà del testatore, metterla al coverto degli aguati, e constatare la veracità di quell'atto che cangia l'ordine delle successione legittima. Ne' contratti, le solennità si riferiscono agli elementi intrinseci che possono produrre l'obbligazione, cioè la capacità de' contraenti e le materia del contratto; non che ànno per oggetto di assicurare la pruova legale della esistenza della convenzione. Ne' giudizi finalmente, le solennità ànno il salutare scopo di dimostrare che non si toglie ad un cittadino l' onore ed i suoi averi, senza un serio esame; e che non gli si toglie la vita se non quando lo investe la legge, ed essa non lo investe, senza lasciargli tutt' i mezzi possibili di difenderle.

II. *Per dirsi un atto solenne, bisogna che sieno osservate le formalità prescritte dalle leggi del luogo dove si stipula.* — Le più potenti considerazioni dettate dalle pubblica utilità ànno fatto stabilire una delle più rilevanti massime del dritto delle genti, che gli atti

muniti delle formalità richieste per l'autenticità ne'luoghi ne'quali sono stati fatti, portano in ogni Stato la loro autenticità. Il dritto delle genti vuole, che sia autentico presso tutte le nazioni ciò ch'è autentico in un paese, donde la regola *locus regit actum*. In effetti, gli atti ricevono l'essere nel luogo dove sono stipulati; è la legge di questo luogo che dà loro la vita; è dessa per conseguente che deve influirvi, regolarne la forma. Questa è la riflessione di Paolo di Castro, nel suo consiglio 13: *Statutum*, egli dice, *afficit actus celebratos in loco statuentium, quia dicuntur ibi oriri et nasci*. Lo stesso principio vedesi canonizzato dal consenso universale de' pubblicisti e giureconsulti di Europa, citati da Voet, *ad Pandectas*, lib. 1, tit. 4, parte 2 *de statutis*, n. 13. *Vedi la pag. 6 in fin., e 7 in princ.*

Conseguentemente a questo principio di dritto universale, il codice dichiara che qualunque atto dello stato civile fatto in paese straniero, è valido, qualora siensi osservate quelle formalità che sono in uso in quel paese, art. 49; dichiara, che il matrimonio celebrato nell'estero con le formalità del luogo, è valido, art. 180; dichiara, che il testamento fatto nell'estero è valido, qualora siensi osservate le forme del paese, art. 925; dichiara, che i contratti fatti in paese straniero con atto autentico, secondo le leggi del luogo, sono veri atti autentici, art. 2014.

Ma dall'autenticità degli atti ricevuti secondo le leggi del luogo, non bisogna dedurne che possono avere esecuzione parata nel regno; perciocchè il dritto di conferire l'esecuzione parata agli atti autentici non appartiene che agli ufiziali pubblici rivestiti di tal potere dalla Sovranità del paese, in cui l'atto si vuol mandare ad esecuzione. È perciò che l'art. 2009 ll. cc., e l'art. 636 p. c. dichiarano che i giudicati profferiti da'tribunali esteri non possono mandarsi ad esecuzione nel regno, se prima i tribunali del regno non ne abbiano ordinata l'esecuzione. V. Merlin, quistioni, v. *jugement*, § 14; Toullier, t. 10, n. 83 a 86.

III. *Diverse specie di solennità.* — Le solennità degli atti furono da Accursio divise in *intrinseche* ossia *sostanziali*, ed in *estrinseche*: distinzione che, quantunque riprovata da Donello sulla l. *sciendum* 30 *de verb. obligat*, passò nel foro e nelle scuole, ed è ammessa sotto l'impero del codice da tutt'i giureconsulti. Scipione Gentile, *de solemnitatibus*, cap. 5 a 8; Merlin, rep., v. *formalités*, n. 1; Carrè, *proc. civ. introd. general*, n. 118; Toullier, t. 7, n. 498 a 513; Berriat, proc. civ., lib. 1, cap. 3, sez. 3, § 1, nota 5.

Dicesi *intrinseca* la solennità, la quale dà l'esistenza all'atto, e senza della quale esso non può sussistere. E siccome in ogni atto si deve considerare e la sostanza del dritto, e la forma che costituisce l'essenza della scrittura destinata a provare l'atto, così sono solennità *intrinseche* o *sostanziali* quelle che si riferiscono, o alla sostanza del dritto, o alla forma inseparabile dell'atto: *formalitates sunt substantialites quae dant esse contractui ex se ipsis et absolute, et sunt veluti forma essentialis ex qua in esse contractus producitur, productus conservatur, qua forma destructa jam contractus vita defunctus est*, dice Fazio, *quaestiones juris singularis*. Tali sono in un contratto, per ciò che riguarda la sostanza del dritto, le condizioni richieste dall'art. 1062; e per quello che riguarda la forma dell'atto, l'accettazione espressa del donatario richiesta dall'art. 856 è una formalità intrinseca, come per dritto romano *intrinseca* era nelle stipulazioni la formalità della interrogazione e della risposta, l. 1, e 137 ff. *de verb. obligat.*. *Intrinseca* è la presenza dell'ufiziale pubblico in un atto autentico, Fabro, Cod. lib. 4, tit. 16, def. 13; quella de'giudici in una sentenza, perchè non può separarsi dalla natura dell'atto, e senza la quale l'atto medesimo non à la qualità che la legge l'imprime. Gentile, *de solemnitatibus*, cap. 6; Merlin, rep., v. *formalités*, n. 1; e gli altri autori citati nel principio di questo numero III.

Le solennità *estrinseche* sono quelle che sono richieste o per abilitare le persone incapaci a corroborare un atto che per sè à esistenza, o a provare l'adempimento delle formalità richieste perchè l'atto abbia la sua perfezione. Per esempio, ne'contratti de' minori, delle donne maritate, de'comuni, la debita autorizzazione del consiglio di famiglia, del marito, del governo, è una solennità *estrinseca*, perchè non dà l'esistenza al contratto, il quale sussiste anche senza di essa; a segno tale, che colui che à contrattato con la persona incapace rimane obbligato, l. Julianus, ff. *de act. empt. vend.*, art. 1079; e lo stesso pupillo se non è obbligato civilmente, lo è naturalmente, l. 5, ff. *de auct. tut.* — Sono pure estrinseche le formalità richieste per provare l'adempimento delle solennità sostanziali: tali sono ne'contratti, le soscrizioni delle parti, quelle de'testimoni. Gentile *de solemnitatibus*, cap. 7; e gli autori citati nel princ. di questo numero III.

Vedremo nel corso di questa nota, che le solennità estrinseche non sono tutte della medesima importanza, così che l'inosservanza di quelle secondarie dette *accidentali*, che non distruggono la forma sostanziale dell'atto, non menano a nullità: *ved. la pag. 445*.

IV. *Se si possa rinunciare alle solennità.* — Alle solennità volute dalla legge ne'giudizi, ne'testamenti e ne'contratti solenni, come pel matrimonio e per le donazioni tra vivi,

non si può rinunciare, perchè di ordine pubblico, l. 7, § 7, ff. *de pactis*; art. 7: *vedi la pag. 7*. Le solennità poi che risguardano il mero interesse de' privati possono omettersi col consenso de' contraenti. Gentile, *de solemnitatibus*, cap. XI.

V. *Disamina, se le solennità si presumono adempiute negli atti.* — Siffatta disamina è stata molto controvertita presso gli antichi giureconsulti, ed ecco un breve riassunto di tale discussione.

Per ciò che si apparteneva alle solennità intrinseche, era una regola rifermata, che *solemnitates intrinsecas semper intervenisse praesumi*, l. 30 e 134, ff. *de verb. obligat.*, e tale regola riceveva la sua applicazione negli atti giurisdizionali del magistrato; donde i dottori ricavarono l'altra regola, *praesumi solemnitatem actus judicialis et jurisdictionis;* e nel cap. *si illud* in fin. *extr. de sententiis et re judic.* trovasi scritto, *quum constiterit sententiam a judice suo prolatam esse, propter auctoritatem judiciariam praesumi debet omnia legitime processisse.* — Le solennità estrinseche poi negli atti e ne' testamenti doveano costare *specialiter* dall'atto stesso, nel quale caso l'altra parte non era ammessa a provare il contrario con testimoni, ma dovea iscriversi in falso contro l'atto. Se poi queste formalità non erano state specificatamente menzionate, ma nell' atto dicevasi in termini generali di essersi osservate, l'adempimento delle formalità non veniva presunto. Gentile, *de solemnitatibus*, cap. 18 a 24; Socin. *reg.* 375 e 376.

Secondo i principî della nuova legislazione può stabilirsi per regola generale, che negli atti pubblici, le formalità, di cui la menzione non è espressamente prescritta, sono riputate essere state adempite, sino a che il contrario non sia provato. *Sciendum est generaliter quod si quis scripserit fidejussisse, omnia solemniter acta*, l. 30 ff. *de verb. obligat.* La ragione si è, che la legge avendo in casi particolari (*) stabilito che di talune formalità debb'esserne verificato l'adempimento nell'atto medesimo, la conseguenza n' è che, *exceptio firmat regulam;* val dire, che quando la legge non à determinato alcun modo per provarne l'adempimento, dovesi presumere adempiuto fedelmente, solo perchè non è provato il contrario. Laonde, non avendo l'art. 902 richiesto che nel testamento mistico si facesse menzione dell'*unico contextu*, la presunzione è che l'atto si è redatto *unico contextu*, sino a che il contrario non è provato (*v. la pag. 42*). L' art. 14 della legge sul notariato prescrive che l'atto autentico deve, sotto pena di nullità, esser sottoscritto da' testimoni; ma non avendo la legge richiesta la menzione di questo adempimento, è presunto di dritto. Gli art. *211 proc. civ.*, e *290 proc. pen.* prescrivono le formalità per raccogliere nelle decisioni i voti, onde stabilire la maggioranza assoluta. Si sostenova in Francia che l'osservanza di queste formalità dovea essere constatata da un processo verbale; ma la cassazione di Parigi rigettò queste pretese, appunto pel motivo che queste formalità erano presunte, non avendo la legge determinato alcun modo per provarne l' adempimento. Merlin, rep., v. *formalités*, n. 2, e quistioni, v. *divorce*, § 2; Berriat, *proc. civ.*, part. 1, sez. 3, cap. 3, § 2, nota 12; Carré, proc. civ., *introduct.*, n. 123.

Questa regola però non si deve estendere al di là del suo obbietto. Le forme costitutive di un atto debbono constare dall' atto medesimo, cosichè le formalità sostanziali al medesimo non possono essere provate che dalla menzione che n' è fatta nell'atto; tanto maggiormente che non può esser provato con testimoni l'adempimento di una formalità che la legge ha prescritto di provarsi per iscritto: *illud quod non repetitur in actis neque in processu, praesumitur ac fingitur non factum.* Vantius, *de nullitatibus*, cap. 7, *n.* 12; cass. di Parigi, arresto del dì 7 dicembre 1810, Sirey, 11, 75; Berriat, ib.; Solon, *des nullités*, t. 1, n. 487 e 488. Ved. nella pag. 443, la regola *terza*.

II.

Principî generali sulle NULLITA'.

L' osservanza delle solennità stabilite dalla legge è assicurata dall' annullamento degli atti, o delle convenzioni illegalmente consentite. Il trattato adunque delle nullità è una conseguenza di quello delle *solennità*.

Il fondamento delle nullità sta in questa proposizione: la legge avrebbe inutilmente sta-

---

(*) Tali sono ne' testamenti per atto pubblico, la mensione delle formalità volute dell'art. 897; nelle sentenze, la menzione di ciò che prescrive l'art. 233 *p. c.*; nel processo verbale delle offerte o de' protesti, la menzione della risposta, art. *896 p. c.* e *183 l. di eccez.*; nelle citazioni, la menzione di colui, cui l'usciere ha lasciato la copia, *art. 163, p. c.*; negli atti notariali, la menzione della lettura, e della dichiarazioni delle parti di non sapere sottoscrivere, *art. 15 e 20 della leg. sul notariato*.

bilite le solennità, se non avesse attaccata una pena alla violazione delle medesime. *Lex* (dice Vantius, *de nullitatibus*, in rubric., n. 16) *frustra fuisset posita, si contra illius transgressores, ac in favorem publici juris et oppressorum aliquid salubre remedium non adinvenisset, potuisset namque unusquisque inauditus, ac nulla precedente causa et cognitione et non per judicem rebus ac proprio patrimonio privari, spoliari, contra naturalem justitiam, ac propriam substantiam legis.*

La parola nullità, *nullitas*, deriva dal suo primitivo *nullus*, siccome *falsitas a falso*, *veritas a vero*. Vantius, *de nullitatibus*, in rubric., n. 10.

È la nullità definita da *Vantius*, ibid., n. 1, così: *Jus et comune auxilium ad irritandum, seu irritum mentiandum actus de quo quaeritur competens.* Questa definizione, abbracciata dalla comune opinione de' dottori (Mantica *de judic.*, disp. 12, n. 2), esprime energicamente la origine, l'essenza e lo scopo delle nullità.

La sezione presente che ci offre l'occasione a trattare delle nullità, si riferisce eziandio alle cause di *rescissione* delle convenzioni; il che dimostra, che la legge fa una distinzione fra la *nullità* o la *rescissione* di una convenzione. Or le cause di rescissione che ànno luogo tra persone capaci di contrattare sono, l'*errore*, la *violenza*, il *dolo*, la *lesione*, art. 1063, 1071 1065 e 1292. Evvi pure l'azione di rescissione propria de' minori, di cui parla l'art. 1259. Ci cade in acconcio nella nota seguente di mostrare la differenza tra la *nullità* e la *rescissione* di un atto; e per non divergere da nostro subietto, qui dobbiamo discorrere in iscorcio tutto quello che riguarda la teorica delle nullità.

Le cose adunque ad esaminare in sì importante materia delle nullità, sono le seguenti: 1.° Da quali cause procedono le nullità; — 2.° Quante specie di nullità si riconoscono, da chi possono essere allegate, e come si sanano; — 3.° Quali sono gli effetti della nullità, e spiegazione della massima *quod nullum est, nullum producit effectum*, non che dell'altra, *utile per inutile non vitiatur*; — 4.° Con quali mezzi ed avanti a quale tribunale si sperimentano le nullità: — 5.° Qual è la durata dell'azione di nullità.

Prima di discendere a queste difficili disamine, è pregio dell' opera presentare in prospetto le

Regole generali sulle nullità.

Prima. — Chi di una nullità vuole avvalersi, non fa ch'esercitare un legittimo dritto, essendo le nullità una vera difesa, come dice Menochio, *de praesumt.*, 48, n. 25. Per il che, il giudice che sentisse con animadversione il rimedio delle nullità, fa ingiuria a chi le propone. Vantius, *de nullitatibus*, in rubric., n. 3.

Seconda. — La nullità deve in generale provarsi da colui che l' allega in giudizio: *illi incumbet onus probandi, id quod asserit cum sua sit intentio.* Vantius, *de nullit.*, tit. 7 num. 6.

Terza. — La pruova della nullità, per ciò che riguarda la forma dell'atto, deve constare dall'atto medesimo, nello stesso modo come l'adempimento delle formalità constitutive di un atto (*vedi la pag. 442*) deve risultare dall'atto medesimo: *nullitas per inspectionem actorum probatur, quia quod ibi non reperitur factum, non praesumitur.* Vantius, *de null.* tit. 7, n. 8.

Quarta. — Nel dubbio se un atto sia nullo o valido, bisogna dichiararsi per la validità, *magis valeat, quam pereat*; l. *quoties et ubi ff. de rebus dubiis*; Vantius, ibid., tit. 7 n. 3; Menochio, lib. 3, *praesumt.* 29, n. 45, e lib. 6, *praesumt.* 4.

Quinta. — Le nullità non possono elevarsi, che sul richiamo degl'interessati. Soltanto le nullità che ànno per causa l'ordine pubblico possono elevarsi di officio dal magistrato, ancorchè la parte si rendesse contumace. Vantius, ibid., tit. *qui possit dicere de null.*, n. 10 e 57, e tit. *de nullit. ex defectu jurisdict.*, n. 5. *Ved. la pag. 447.*

Sesta. — Non si ammettono nullità, senza domande. — Esse debbono proporsi in giudizio, o in via principale, o per incidente. Si dice *principale* la domanda di nullità, allorchè il primario subietto della contestazione della lite, è la nullità dell' atto; tal è la domanda di nullità di un testamento, di un contratto, di un atto giudiziario. Ed è altresì principale la domanda di nullità, quando vedesi pur congiunta con un' altra domanda principale: tale sarebbe la domanda di nullità di un testamento, unita a quella di inofficiosità del testamento medesimo. — È per *incidente* la domanda di nullità, quando in linea di eccezione si oppone ad un'azione dedotta in giudizio: per esempio, si domanda una eredità dall'erede scritto, ed il convenuto oppone la nullità del testamento. Vantius, ibid., tit. *quod et quib. mod.*, n. 5 a 20.

III.

Da quali cause procedono le NULLITÀ.

Dal principio che la legge sola può stabilire le solennità richieste perchè un atto fosse valido (*pag.* 440), ne consegue naturalmente che soltanto dalla legge le nullità possono essere pronunziate: *nullitas traxit originem ab ipsa lege*, dice Vantius, *de null.*, in rubric., n. 14. Imperciocchè, non tutte le solennità sono della stessa importanza, e la violazione di esse non sempre mena a conseguenze dannevoli; dal che si vede bene, che la sola legge può diffinire quando un atto può dirsi nullo, altrimenti s' incorrerebbe in un arbitrio immenso: Vantius, *de nullitatibus*, in rubric., n. 14 e 15. Si è quindi ben deciso che si rende censurabile una decisione che dichiara nullo un atto, senza che la nullità si trovasse dalla legge pronunziata. Merlin, rep., v. *nullité*, § 1, n. 1 e 8, v. *divorce*, sez. 4, § 9, e quistioni, v. *tableau des interdicts*, § 1; Toullier, t. 7, n. 480, 482 e 517; Barriat, *proc. civ.*, part. 1, sez. 3, cap. 3, § 3.

E siccome le ragioni per le quali la legge rende un atto nullo, sono l' incapacità della persona, o la natura della cosa che ne forma l'oggetto, o in fine la forma nella quale l'atto è compilato; così bisogn' accuratamente distinguere ciò che in una convenzione si riferisce alla *costanza del dritto*, ossia alla mancanza di una delle condizioni richieste dall'art. 1062; e ciò che si attiene alla *forma* dell' atto. Imperciocchè da tutti gli autori si conviene, che ogni proibizione concernente la sostanza del dritto, produce nullità, in caso di contravvenzione, e vedi *per tot.* Vantius *de nullitatibus*, tit. *de nullitate ex defect.*, n. 9; Merlin, rep., v. *nullité*, § 1, n. V; Toullier, t. 7, n. 499. Quindi vi è nullità in un atto fatto da una persona incapace, o in favore di una persona che la legge ne à dichiarata incapace, quantunque non fosse la nullità espressamente pronunziata: la frase *non può* è più che sufficiente a manifestare la incapacità in un modo assoluto; e quindi vedendo dessa adoperata, sotto il rapporto d'incapacità, negli art. 819, 823, 824, 827, 1037, 1049, 1052 e 1053, è valevelevolissima ad esprimere la nullità della disposizione: è il vero caso di applicare il brocardo, che la frase non *può*, toglie ogni potestà di dritto e di fatto, e quindi ne risulta una necessità precisa di conformarsi alla legge, ed una impossibilità assoluta di fare ciò ch'essa vieta: *Negativa praeposita verbo* POTEST, *tollit potentiam juris et facti, et inducit necessitatem praecisam, designans actum impossibilem*; Molineo, sulla l. 1, ff. *de verb. obligat.*; Vantius, *de null.*, tit. *de nullitatib. ex defectu jurisd.*, n. 121; Merlin, rep., v. *nullité*, § 1, n. IV; Toullier, t. 5, n. 196.

In quanto poi a ciò che concerne la *forma* degli atti, si sono presentate gravi difficoltà sotto l' impero dell' antica giurisprudenza, come anche oggidì. Bisogna rimontare all'origine della difficoltà.

Mentre non si dubitav' anticamente, che alla legge sola appartiene lo stabilire le nullità, nell'applicazione di questo principio gl'interpetri quistionarono, se, *per ciò che riguarda la forma degli atti* convenzionali, testamentari o giudiziari, la nullità dovea essere espressamente pronunziata dalla legge, o pure dovea reputarsi sottintesa, solo perchè un atto si era fatto in contravvenzione della disposizione della legge.

È nota la l. 5, Cod. *de legibus*, la quale decideva, che la pena di nullità debb' essere sottintesa nelle leggi proibitive. Eppure la regola stabilita da questa legge non era nello stesso dritto romano generalmente intesa, poichè trovansi molte leggi raccolte da Voet, tit. *de legibus*, n. 16, le quali proibendo taluni atti, li lasciavano nonpertanto sussistere, quand' essi eran fatti. Ed il dritto canonico, massime in materia di matrimonio, stabiliva impedimenti in modo proibitivo, e ciò nonpertanto l' inosservanza del canone, non menava alla nullità del matrimonio. In conseguenza non passò in Europa, *per modum regulae*, la disposizione della l. 5, Cod. *de legibus*, come si raccoglie da Groenewegen nel suo classico trattato *de legibus abrogatis*, in rubric. del tit. de Cod. *in quib. causis restitut. in integ. necess.*, e sulle sue tracce Voet, nel luogo citato. È da ciò che ne derivò l'assioma, *multa prohibentur, quae tamen facta tenent*; o come dice il cap. 16, X, *de regular.*, *multa fieri prohibentur, quae si facta fuerint, obtinent firmitatem.*

Per non cadere adunque nell'arbitrio in siffatta importante materia, e stabilire una norma per decidere quando un atto fatto in contravvenzione di una legge dovesse dichiararsi nullo, interpetri di grave autorità crearono una distinzione filosofica e fondamentale tra le nullità *sostanziali* o altrimenti dette *intrinseche*, e le *accidentali*. L' inosservanza delle formalità *sostanziali* menava alla nullità, non così quella delle *accidentali* all' atto. I ragguagli di questa discussione ed i testi di legge su cui venne fondata possono vedersi in Vantius, *de nullitatibus*, in tit. 6, n. 52 a 55; Suarez, *de legibus*, lib. 5, cap. 31.

La nuova legislazione profittando de' lumi sparsi ne' classici antichi, à stabilito in prin-

cipio generale, che le nullità debbono essere espressamente pronunziate dalla legge, tanto per ciò che riguarda la *forma* degli atti tra vivi e de'testamenti, che degli atti giudiziari in materia civile e penale. Di questa verità ne fan prova:

1.° Gli art. 283, 855, 871, 927, 1409, 1441 *ll. cc.* relativi a *formalità* di atti tra vivi e di testamenti;

2.° Gli art. 26 e 27 della legge *sul notariato*, i quali stabiliscono quali omissioni nelle *formalità* stabilite per gli atti autentici rendono nullo l'atto:

3.° L'art. 1106 *p. c.* stabilisce in massima che un atto giudiziario non può dichiararsi nullo se la nullità non trovasi pronunziata dalla legge, e questa massima riceve applicazione nelle stesse leggi di *proc. civ.*, di cui sono a pena di nullità le *forme* stabilite negli art. 153, 154 n.° 3.° 160, 163, 165, 240, 352, 355, 357, 364, 366, 367, 368, 369, 370, 373, 375, 388, 438, 449, 520, 524, 544 n. 2, 567, 575, 578, 698, 700, 727, 731, 769, 771, 795, 801, 802, 829, 830, 865, 866, 875, 877, 879, 915, 947, 1004, 1082, 1103, n. 2, 1104.

4.° Similmente nella legge di *espropriaz. forzata de' 29 dicembre 1828* sono prescritte a pena di nullità, le *forme* degli atti di cui è parola negli art. 80, 113, 119, 134, 136, 137, 138, 139, 154 e 176.

5.° Le leggi di eccez. per gli affari di commercio ci somministrano esempl di disposizioni volute a pena di nullità negli art. 644 e 685.

6.° Finalmente le stesse *formalità* che riguardano il procedimento penale essenzialmente di ordine pubblico non sono a pena di nullità, che ne' casi in cui la nullità si vede pronunziata dalla legge, come dispongono della *proc. pen.* gli art. 170, 176, 195, 196, 201, 202, 218, 221, 223, 227, 229, 240, 246, 247, 251, 254, 258, 261, 262, 269, 271, 272, 282, 283, 287, 290, 291, 293, 294, 295, 346, 352, 359, 360, 361, 362, 370, 371, 372, 389, 391, 408, 414, 428.

Dal complesso di tutte queste disposizioni si raccoglie chiaramente, che sotto l'impero del codice attuale è in vigore *per ciò che riguarda le forme degli atti*, una massima opposta a quella stabilita da Giustiniano nella l. 5, Cod. *de legibus*, di cui nel princip. di questo § si è discorso.

Ma siffatta regola non è assoluta, e la distinzione creata dagli antichi interpetri tra le nullità *sostanziali* e le *accidentali* si è trovata oggi consona alla ragione ed alla legge. Si è detto che le nullità sostanziali viziano l'atto nella sua essenza, perchè la formalità omessa è necessaria alla sua esistenza, o indispensabile per adempirsi lo scopo che il legislatore si ha proposto nel prescriverla, ed in ciò campeggia la massima del foro, *actus non potest consistere sine substantia*: Barbosa, *ax 12*.—Per esempio, l'art. 2042 stabilisce le formalità delle iscrizioni ipotecarie, senza definire l'omissione di quali formalità rende la iscrizione nulla. È chiaro che l'omissione o l'errore nella indicazione del fondo su cui cade l'iscrizione, la rende nulla, perchè essendo indispensabile la indicazione del fondo, per conseguirsi la specialità dell'ipoteca ch'è lo scopo prefisso dal legislatore, si vede bene che questa formalità è sostanziale. Quindi si è conservata dalla nuova giurisprudenza la distinzione tra le formalità *sostanziali* e le *accidentali* (*v. la pag. 441*), e che l'omissione delle prime soltanto rende nullo l'atto. Merlin, rep. v. *nullité*, § 1, n. V, e *subrogation de personnes*, sez. 2, § 8. n. 9; Toullier, t. 7, n. 499 a 513; Grenier, *hypot.*, p. 41; Carrè, *proc. civ. introduct. general.* § 118; Poncet, *des actions*, n. 201; Berriat, *proc. civ.*, part. 1, cap. 3, sez. 3, § 2, nota 5; Delvincourt, lib. 3, tit. 5; Thomine Desmazures, sull'art. 61, *proc. fran.*; Troplong, *prescript*, n. 902 a 906.

Da ultimo conviene con attenzione osservare, che questa teorica sulle nullità *sostanziali* ed *accidentali*, vera in astratto e consona alla natura delle cose, nell'applicazione dà luogo a serie difficoltà, poichè bene spesso si controverte, se una formalità debbe considerarsi come sostanziale o accidentale. Bisogna pur confessare che su questo punto non rare volte i giudici vanno all'arbitrio, e si richiede molta filosofia per non divergere dallo scopo della legge. Un esempio dell'arbitrio nel giudicare in siffatta materia l'à dato la corte di cassazione di Parigi sulle quistioni di nullità in materia d'iscrizione ipotecaria; poichè mentre è partita dal principio di essere fondamentale la distinzione tra le formalità sostanziali ed accidentali, à poi contraddittoriamente ritenuta una stessa formalità or sostenziale ed ora accidentale: i ragguagli di questa discussione possono vedersi in Toullier. t. 7, n. 507 e seg., ed in Troplong, *hypot.*, n. 666 e seg. Le medesime incertezze tennero sullo stesso oggetto fluttuante la nostra giurisprudenza, a segno tale ch'è bisognato l'intervento della potestà legislativa per troncare ogni ulteriore discettazione. Con decreto del 31 gennaio 1843, riformandosi la compilazione dell'art. 2042, si è diffinito, quali, tra le formalità richieste per una iscrizione ipotecaria, sieno a pena di nullità. Il che pur comprova la distinzione tra le formalità *sostanziali* e le *accidentali*.

IV.

Quante specie di nullità si riconoscono, da chi possono essere opposte, e come si sanano.

I. *Divisione delle nullità*. — Le nullità sono *assolute* o *relative*: desse possono essere di *pieno diritto*, o per *via di azione*.

Nullità assolute. — Sono quelle che la legge à pronunziate in favore di tutti coloro che possono avere interesse a prevalersene. La causa di questa nullità può essere l' interesse pubblico, o l' interesse de' privati. La nullità è riputata fatta per rapporto all' interesse pubblico, quando il primo e principale oggetto della proibizione della legge è il bene della società, la conservazione delle cose e de' dritti appartenenti al pubblico, o ch' essa statuisce sopra ciò che riguarda i buoni costumi, o ch' è fuori di commercio pel dritto naturale, delle genti o civile. — Tali sono le nullità che provengono da patti che offendono le leggi generali, o i buoni costumi, art. 7; le nullità degli acquisti de' corpi morali senz' autorizzazione del governo, art. 826; tali sono pure quasi tutte le nullità pronunziate dalle leggi di procedura penale, nelle quali materie il grande oggetto del legislatore è l' interesse pubblico.

Sono pure *assolute* le nullità che ànno per principale oggetto l'interesse privato, quando non si riferiscono alla incapacità di una delle parti contraenti, o non sono state dalla legge limitate a certe persone. Così, un atto notariale, un testamento, nullo per vizio di forma, o una convenzione nulla per mancanza di causa, è colpito da nullità assoluta, perchè la nullità è pronunziata dalla legge, e senza che sia limitata a certe persone. Non è dunque il solo motivo di ordine pubblico che rende *assoluta* la nullità, ma è la dichiarazione della legge, quantunque il motivo di nullità fosse d' interesse privato. Toullier t. 7, n. 553 a 560; Solon, *des nullités*, t. 1, n. 9. 24, 428 e 434.

Nullità relative. — Sono quelle che non possono essere opposte, se non da coloro in favore de' quali sono pronunciate. Perchè questa nullità non è riputata interessare, che colui in cui favore è pronunciata, è meno una nullità, che una facoltà dal legislatore accordata a certe persone per fare annullare un atto. *Quando actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus*, dice Mantica, *de amb. et tac. conv.*, lib. 4, tit. 29, n. 12. — Tali sono le nullità degli atti fatti da persone incapaci, art. 1079, quella de' testamenti, perchè non possono essere opposte che dagli eredi legittimi (*v. la nota 3, pag. 47*); le nullità in taluni atti di procedura penale e civile. Toullier, t. 7, n. 564.

Nullità di pieno dritto. — Risulta dall'art. 1071 che vi sono nullità di *pieno dritto*, ed altre per *via di azione*. — Si dicono di *pieno dritto* quelle che dalla legge sono formalmente pronunziate, o non essendo pronunziate espressamente, sono la conseguenza di un vizio reale o apparente che à impedito di formarsi l'atto o il contratto. Queste nullità sono sempre assolute, quando sono il risultamento di una contravvenzione che à colpito di *non esse* il contratto. Al contrario, possono essere relative, benchè pronunziate di pieno dritto, quando la contravvenzione non impedisce che il contratto abbia avuto una certa forza. Un esempio renderà sensibile la teoria. Gli atti fatti da un interdetto dopo la sentenza che lo colpisce d' interdizione, sono nulli di *pieno dritto*, dice l'art. 425; il che vuol dire, che non appartiene al giudice di valutare i fatti e le circostanze che àn determinato l'interdetto a contrattare, per indi rigettare o accogliere la domanda, ma non può dispensarsi dal pronunziare la nullità, solo perchè l'atto è stato fatto dopo la sentenza d'interdizione. Un altro esempio di nullità di *pieno dritto* ci fornisce l'art. 435 *leg. di eccez.* relativo agli atti fatti dal fallito ne' dieci giorni che precedono il fallimento: questa nullità riposa sopra di una presunzione che non ammette pruova contraria, art. 1304 e 1306, Toullier, t. 7, n. 521; Solon, *des nullités*, t. 1, n. 12 a 15.

Le nullità di *pieno dritto* debbono dedursi in giudizio: *vedi il § VI di questa nota*.

Nullità per via di azione. — Sono quelle che non vengono direttamente pronunziate dalla legge, perchè dipendono piuttosto dalle circostanze del fatto che dalla disposizione di dritto, e che quindi era indispensabile di sottometterle alla valutazione del magistrato. Queste nullità non impediscono che un atto non possa presentare tutte le apparenze della realità. Così, di un atto fatto da un interdetto prima del giudizio d' interdizione, la nullità non può essere pronunziata dal giudice che dopo la valutazione del fatto, e nel caso in cui la causa dell' interdizione fosse notoriamente provata; art. 424. Quest' azione di nullità per via di azione, si chiama azione *per rescissione*, quando l'atto che s' impugna è il risultamento di un vizio dell'obbligazione nella sostanza, art. 1071, 1258 e 1292. Toullier, t. 7, n. 522; Solon, *des nullités*, t. 1, n. 12 e 18.

II. *Da chi si possono opporre le nullità.* — Non si mette in quistione, che le nullità *relative*, non si possono opporre che dalle persone nel cui interesse sono state pronunziate, *quando actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus;* Mantica, *de amb. et tacit. conv.*, lib. 4, tit. 29, n. 12; art. 1079; Merlin, rep., v. *nullité*, § 2, n. 1, Toullier, t. 7, n. 564.

Le nullità *assolute* possono essere allegate da ogni specie di persone che vi abbiano interesse, sia che la causa sia fondata su motivo di ordine pubblico, che d'interesse privato, ed ancorchè la persona che opponga questa nullità, non sia stata parte nell'atto; perciocchè la legge che pronunzia senza alcuna limitazione la nullità di un atto, annienta gli effetti che avrebbe potuto produrre, *hic tuus titulus, revera titulus non est.* Se uno quindi vuol rivindicare un fondo con un titolo nullo per vizio di forma, il semplice possessore può opporre questa nullità. Toullier, t. 7, n. 558 e 559; Solon, *des nullités*, t. 1, n. 11, 24, 426, 428, 431, e 432.

Conseguentemente, i creditori del debitore possono opporre la nullità, la quale non è un dritto esclusivamente personale: vedi la pag. 273. Toullier, t. 7, n. 560, e Solon, t. 1, num. 465.

Se una nullità di ordine pubblico si possa di officio proporre dal pubblico ministero o dal giudice. — I giudici possono di officio, o sopra conclusioni del pubblico ministero, dichiarare nullo un atto contrario, sia all'ordine pubblico, sia a' buoni costumi, sia ad una legge proibitiva ed assoluta, quando anche le parti considerandolo come valido in se stesso, non sono discordi che sugli effetti ch' essi pretendono rispettivamente farne risultare; *etiam ipsis litigatoribus tacentibus, judex ex officio suo eandem quandocunque tollere et revocare debet*, dice Vantius, *de nullitatibus, tit. qui possit dicere de nullitate*, n. 10 e 57. Sarebbe invero una cosa contraria all'ordine pubblico, interdire al giudice di pronunziare una nullità di ordine pubblico, solo perchè le parti riconoscono valido l'atto, e si limitano ad altro difese. Suppongasi che una donna, i cui vituperevoli favori siensi comprati da un uomo a prezzo di un biglietto contenente promessa di pagarle certa somma di danaro, sia impudente a segno da instituire in giudizio un'azione fondata sopra questo stesso biglietto, e che colui che lo sottoscrisse, in vece di domandarne espressamente la nullità, si limiti a sostenere di averlo precedentemente soddisfatto, il giudice deve di officio dichiarare nullo il biglietto e la donna inammessibile nella sua domanda, altrimenti si permetterebbe alle parti litiganti con la loro scambievole acquiescenza di reclamare gli effetti di una convenzione nulla, ed il giudice presterebbe il suo ministero all' esecuzione di una convenzione riprovata dall' art. 7. In ogni causa che si agita in giudizio, i giudici possono supplire ai mezzi di dritto che le parti non impiegano per fare rigettare o accogliere la domanda, l. *unic.* Cod. *ut quae desunt advocat. partium, suppleat judex*, Merlin, rep. v. *conscription militaire*, § XI.

Ma potrebbe il pubblico ministero produrre appello da una sentenza che in contraddizione della sua conclusione, ha rigettato la nullità di una convenzione contraria all' ordine pubblico o a'buoni costumi? A noi pare di no, perchè il pubblico ministero non può supplire ad una domanda giudiziaria, e non à qualità per interporla o proseguirla. In fatti il pubblico ministero à qualità per richiedere il rigettamento di una domanda dedotta in giudizio, ma non à qualità ad appellare dalla sentenza; perciocchè appellare da una sentenza è agire, e l'art. 150 *della legge organica giudiziaria del 19 maggio 1817* stabilisce che nel civile, i pubblici ministeri agiscono *per via di rimostranze*, e non per via *di azione* che ne'casi espressi dalla legge. Or il codice civile apre la via di *azione* al pubblico ministero che ne' tre casi previsti dagli art. 232 e 414, e ad eccezione di questi casi in nulla deroga alla regola stabilita dal citato art. 150 della legge organica.

III. *Se si possa rinunciare alle nullità*, e *come si sanano.* — Non si può rinunciare con lo stesso atto alla nullità, perchè se potesse aver luogo questa rinuncia, il divieto della legge sarebbe assolutamente illusorio. Le due parti contraenti conoscendo la legge proibitiva non mancherebbero mai di stipulare che nè l'una, nè l'altra potrà mai invocarla; ed allora i disordini che la legge volle impedire col suo divieto, non avrebbero necessariamente più freno. Ma una volta conchiuso il contratto, ed allorchè non trattasi più che di sapere se sarà o no eseguito, la legge non ha più lo stesso interesse, quante volte non si tratti di nullità di ordine pubblico, di opporsi alla rinuncia che ciascuna delle parti può fare al dritto di chiederne l'annullamento, e da ciò la teorica della ratifica e conferma degli atti: vedi su di ciò le osservazioni all'art. 1292.

V.

Quali sono gli effetti delle nullità: spiegazione della massima QUOD NULLUM EST, NULLUM PRODUCIT EFFECTUM, *e dell'altra,* UTILE PER INUTILE NON VITIATUR.

I. Dopo quello cha abbiamo detto nel § III, p. 444, si rende sensibile che l'effetto delle nullità dabb'essere di viziare talmente gli atti, da risguardarli come non avvenuti, e che niente ne possa risultare: è dietro ciò che si è introdotta la massima, *quod nullum est, nullum producit effectum*; massima ch'esige taluni sviluppamenti.

La nullità degli atti può riferirsi alla sostanza del dritto, o alla forma dell'atto medesimo: *pag.* 444. Annullato l'atto per la sostanza del dritto, è chiaro che la massima *quod nullum* riceve tutta la sua applicaziono. In conseguenza, le parti debbono essere rimesse nello stato precedente alla convonzione annullata; l. 7, § 9, e l. 31. ff. *de minoribus*, art. 1136; cosicchè, annullata una transazione, o una divisione, le parti debbono riprendere i dritti e le azioni che avevano scambievolmente, l. 1, cod. *si advers. transact.*, ved. nel t. 1, nota 1, pag. 434. Se però una convenzione si è annullata per una causa illecita, non si à azione a ripetere quel cha si è pagato: *ved. la pag. 235.*

Per quello poi che riguarda l'annullamento dell'atto per vizio di forma, dicemmo nella nota 1, pag. 225, che la validità della convenziono non ne riceva pregiudizio; poichè l'atto è richiesto unicamente *ad probationem*. Annullato l'atto, la parte può diversamente provare l'esistenza della convenzione ne'modi indicati dall'art. 1270. Questa regola riceve eccezione negli atti solenni, per l'esistenza de'quali la legge ha stabilita formalità solenni. Così annullato un'atte di donazione per vizio di forma, il donatàrio non può provare in altro modo l'esistenaa della donazione. Annullato un testamento, l'erede scritto non può diversamente provare l'atto di trasmissione de'beni a suo favore: *ved. la pag. 6, n. 4.*

Sicchè annullato un'atto per vizio di forma, e pel quale la legge non avea stabilito una formalità *ad hoc*, l'effetto dell'annullamento è *quoad probationem*, quello cioè d'impedire cha l'atto faccia prova della convenziona da esso contenuta; ma la esistenza dalla convenzione avrebbe tutto il suo effetto, qualora fosse provata diversamente. Negli atti solenni poi, l'annullamento impedisce che si possa provare diversamente l'esistenza della convenzione o del testamento, ma non pertanto questo atta, benchè annullato, può produrre qualche effetto, donde l'antico adagio, *ex actu nullo oritur probatio facti*. Così: 1.° Un atto nullo per vizio di forma non cessa di formare un principio di pruova per iscritto, art. 1280 e 1301; 2.° Un testamento olografo, nullo come testamento, può valere come principio di pruova per iscritto, per riguardo agli eredi, per provare un deposito fatto nella mani del testatore, come decise la corte di Peau a'13 luglio 1822, Sirey, 23, 357: *v. la pag. 133 n.° VII;* 3.° Il riconoscimento di un figlio naturale in un testamento nullo como testamento, è valido, como risulta da'principi esposti nella pag. 132; 4.° Un testamento nullo nella forma à forza di rivocare un precedente testamento: *pag. 131.* Vedi Solon, t. 2, n. 7 a 65.

Da ultimo è a considerarsi la riferita massima *quod nullum, nullum producit effectum*, in quanto agli atti giudiziari. Può dirsi che niuno effetto può risultarne da un atto giudiziario, di cui si è provocato l'annullamento. Quindi, la citazione annullata, non fa decorrere i termini a presentarsi in giudizio; — non è interrotta la buona fede con un atto d'intimazione nullo nella forma, art. 2153; — non costituisce in mora, glos. in cap. *de causis verb. non venire de off. deleg.*

II. *Spiegazione della massima,* UTILE PER INUTILE NON VITIATUR. — Abbiamo osservato con quanta restrizione dev'essere intesa la massima, *quod nullum, est nullum producit effectum*. Può avvenire altresì che la nullità di un atto non à forza di viziare l'atto medesimo, che può sussistere indipendentemente dalla formalità, la cui inosservanza dà luogo alla nullità dell' atto. Questo principio è una conseguenza della regola 37 del dritto canonico sotto il tit. *de reg. juris*, così concepito: *utile non debet per inutile vitiari.*

Ma come si può applicare questa regola alla forma degli atti, la quale non soffre alcuna divisione? Il nostro Aulisio sul tit. del dig. *de verborum obligat.*, t. 1, p. 183, diceva che *in individuis utile per inutile vitiatur, primo ob formam alicui actui a lege impertitam. Saepe enim lex solemnitates aut conditiones pro forma habet; et inde una ex his deficiente, actus ruit in totum.* — Altri dottori si esprimevano così: *forma dat esse rei; forma est de genere individuorum, et quaelibet mutatio in forma mutat totum.*

Si risponde, che la massima che la forma degl'atti non soffre divisione deve ricevere oggi la sua applicazione nel solo caso che l'atto abbia una sola forma, la quale non può ammettere allora separazione, *quae separationem non admittunt, in totum vitiantur.* Ma quando

nell'atto esistono due forme distinte che possono star separate, l'annullamento dell'una non impedisce che l'atto possa valere in quanto l'altra formalità gli dà forza, in esecuzione della massima *utile per inutile non vitiatur*. Ascoltiamo Domat, parte 2, lib. 3, tit. 1, sez. 5, art. 19. « Quegli atti solamente, de' quali una parte non può sussistere se non per la validità del tutto, sono totalmente annullati per la nullità di qualche parte; come se di due » arbitri eletti con un compromesso, uno non volesse e non potesse esserlo, sarebbe inu- » tile l'elezione riguardo ad amendue, poichè non possono giudicare l'uno senza l'altro (l. » 7, § 1, ff. *de recept. qui arbitr.*), onde inutilmente sussisterebbe l'elezione di un solo. » Ma ne' casi ancora in cui si tratta di una sola cosa che sembra non ammettere divisione, » le leggi ve la fanno, per far sussistere gli atti in quel che si può. Imperciocchè lo spi- » rito delle leggi è di dare agli atti di ogni sorta tutto l'effetto che possono giustamente » avere. Quindi vedesi nel dritto romano, che Giustiniano avendo dispensato di registrare » le donazioni che fossero al di sotto di una somma da lui regolata, ordinò che le donazio- » ni non registrate, le quali eccedessero questa somma, e che per difetto di registro doves- » sero essere nulle, sussisterebbero per la somma che non era soggetta al registro; onde » siffatte donazioni si trovevano in parte nulle, ed in parte avere il loro effetto, l. 34 e 36, » Cod. *de donat.*: *nov. 162, cap. 1*, § 2. Da questi principi è stata ricavata quella regola » del dritto canonico, che quel che vale non può essere annullato con la sua connessio- » ne con quello ch'è nullo: *utile non debet per inutile vitiari*. Il che bisogna intendere de' » casi in cui questa connessione non è tale, che una delle due cose non possa sussistere » senza l'altra ».

Conseguentemente a questi principi, l'art. 1272 delle ll. cc., e l'art. 29 *della legge sul notariato* stabiliscono, che l'atto autentico nullo nella forma, vale come scrittura privata, quando si trova sottoscritto dalle parti; perciocchè la esistenza della convenzione essendo indipendente dalla forma autentica dell'atto, la nullità dell'atto non può impedire che la convenzione fosse provata con l'atto medesimo, che, con la sottoscrizione delle parti, racchiude gli elementi della scrittura privata. Così abbiam veduto nella pag. 43 a 45 che il testamento nullo come mistico, vale come olografo, perchè le formalità delle due specie di testamento sono indipendenti tra loro, e l'annullamento delle forme mistiche non à alcuna connessione con la forma dell'olografo.

VI.

Con quale mezzo si sperimentano le nullità, ed avanti a quale tribunale.

I. *Non vi è nullità senza domanda.* — Ecco la regola fondamentale del dritto moderno, sia che si tratti di nullità che viziano i contratti, che di quelle le quali infettano gli atti di procedura e le sentenze. Per bene comprendere la forza di questa proposizione, bisogna cominciare dall'antico dritto.

In quanto a' contratti, l'antico dritto faceva distinzione fra le nullità *ipso jure*, e l'azione di rescissione ch' era una conseguenza della restituzione in intero. Le prime rendevano l'atto improduttivo di effetto, nè era necessario il ministero del giudice per dichiararsi le nullità, ancorchè niuna lesione vi fosse intervenuta. Tali erano le nullità di una obbligazione destituita di causa, l. 7, § 4, ff. *de pactis*, la vendita di un fondo del minore senza decreto del magistrato, ll. 2, 4 e 8 ff. *de praediis minorum*, ec. La restituzione in intero poi ammessa per errore, dolo e lesione non poteva accordarsi che dal Pretore, e questo potere da Giustiniano fu attribuito anche a' giudici con la l. 8, C. *qui et apud quem*. — Ma nell'antica giurisprudenza, sia che si trattasse di nullità di un contratto, sia di restituzione *in integrum* del contratto medesimo, devea sempre adirsi il magistrato per farla valere: Groenewgen, *de legibus abrogatis*, sul tit. del Cod. *in quibus causis restitut. in integr. non est necess.*; Rapolla, *de jure regni*, lib. 4, cap. 20 a 24; Rovito sulla *pramm. 1*, *de minoribus*.

In quanto alle sentense, mentre il dritto romano riconosceva in generale i gravami, pure ammetteva che una sentenza nulla poteva essere ritrattata senza appello, tanto dallo stesso giudice da cui era stata emanata, quanto da ogni altro avanti di cui la contestazione era portata di bel nuovo; donde il tit. del digesto, *quae sententiae sine appellatione rescinduntur*. Ma per dritto consuetudinario di Europa prevalse una massima contraria alla regola stabilita dal dritto romano; val dire, *cautum est, ut quantumvis nulla si sententia, ab eo tamen necessarie sit provocandum*. Fabro, Cod. lib. 7, tit. 27, def. 3; Groenewgen, *de legibus abrogatis*, sul tit. del Cod. *quando provocare non est necesse*; Vinnio, quaest. tit. *de officio judicis*, n. 4; Rapolla, *de jure regni*, lib. 4, cap. 20 a 24; Altimari, *de nullitatibus*, rubric. 6, quest. XI.

Questi elementi del dritto consuetudinario di Europa ào dato luogo al canone della pu-

va legislazione,che non *vi sono nullità, senza domanda* (*ved. la pag. 443 in fin.*). Imperciocchè, per quel che riguarda le sentenze, desse quando sono diffinitive non possono rivocarsi dallo stesso giudice, e non possono impugnarsi che con rimedi ordinari o straordinari dal codice di procedura stabiliti. E per quel che riguarda le convenzioni, sia che l'atto sia nullo di pieno dritto, sia soggetto a rescissione (*vedi la pag. precedente*), deve sempre il magistrato adirsi perchè l'atto venga annullato. La differenza tra la nullità dell'atto e la rescissione sta, per questa parte, in ciò; che se l'atto è nullo di pieno dritto, i giudici non debbono fare, che, viste le nullità, applicare la legge. Ma se l'atto è semplicemente rescindibile, l'attore deve presentare le pruove de' fatti che debbono rilevarne il vizio, e questa pruova dovrà valutarsi dal prudente arbitrio del magistrato. Merlin, rep., v. *nullité*, § 7; Toullier, t. 7. n. 521 a 529; Solon, *des nullités*, t. 1, n. 416 e seg.; Berriat, *proc. civ.*, parte 1, sez. 3, cap. 3, § 2; Grenier, *hypot.*, n. 17 e 70.

II. *Competenza del giudice in siffatta materia.* La legge 2, Cod. *ubi et apud quem causa in integr. restitutione agitanda sit*, decide in generale, che la domanda di restituzione (ne è lo stesso di quella di nullità), dev'esser formata avanti il giudice del domicilio della parte contra la quale trattasi d'intentarla. Ma gl'interpetri limitarono la disposizione di questa legge al caso in cui la restituzione non abbia che un oggetto, sia personale, sia mobiliare; ed essi soggiungevano, che nel caso in cui l'azione rescissoria tendesse a ricuperare un immobile, o un dritto reale, si dave lasciare all'attore la scelta di adire il giudice del domicilio del reo convenuto, o quello della situazione del fondo. Tal era l'avviso specialmente di Voet, nel tit. *de restit. in integrum*, n. 7, fondato sulla l. ult. Cod. *ubi in rem actio*, e sulla l. 13, § ult. ff. *de minorib.*

Merita quest'antica dottrina di essere oggidì seguita, perciocchè in materia di azione mista, l'art. 151 *proc. civ.* permette di citare il reo convenuto nel luogo del suo domicilio, o in quello del luogo dov'è sita la cosa litigiosa. Merlin, rep., v. *rescission*, n. 7; Toullier, t. 7, n. 594.

VII.

Della prescrizione delle nullità. Disamina se le nullità opposte in linea di eccezione si prescrivano.

L'azione di nullità è prescrittibile, come ogni altr' azione civile. E ben s'intende che giova ricorrere alla prescrizione delle nullità, quando l'atto colpito di nullità possa produrre un'azione; perciocchè se la legge non riconoscesse l'esistenza dell'atto, diverrebbe senza oggetto il farlo annullare. Così, contro un atto non sottoscritto non fa d'uopo ricorrere al rimedio della nullità per farlo annullare, perchè non avrebbe giammai avuto una esistenza legale. Merlin, rep., v. *ratification*, n. 9; Toullier, t. 7, n. 607; Duranton, t. XII. n. 539.

Nè deve perdersi di vista un'altra importante osservazione. La prescrizione delle nullità è fondata sulla presunzione che la parte la quale per un certo tempo se n'è stata in silenzio abbia riconosciuta la giustizia della sua obbligazione, e rinunciato a' mezzi di far valere la nullità. Le nullità quindi possono prescriversi, quante volte sono relative a convenzioni che sebbene nulle, possono ratificarsi; e per conseguente, quelle che non possono esser sanate con la ratifica, non si prescrivono; *vedi le osservazioni all'art. 1292 sulla ratifica delle convenzioni.*

Premesse queste idee fondamentali, passiamo alla disamina della prescrizione delle nullità degli atti, su di che è a considerarsi sì la durata dell'azione di nullità, che l'epoca nella quale il termine deve cominciare a decorrere.

I. *Durata dell'azione di nullità.* — L'azione di nullità può esser diretta contro un testamento, una convenzione, o contro gli atti giudiziari e le sentenze. Non ci occuperemo del termine nel quale possono farsi valere le nullità degli atti giudiziari e delle sentenze, poichè formano oggetto del codice di procedura.

L'azione per annullare i testamenti non può esser regolata, per la durata, da questa sezione relativa alle *convenzioni*. La durata quindi dell'azione di nullità contro i testamenti è di trent'anni, come di tutte le altre azioni, art. 2168. Toullier, t. 7, n. 617; Duranton, t. XI, n. 531.

Il termine adunque di dieci anni dall'art. 1258 fissato per lo sperimento delle azioni di nullità, non è applicabile che alle *convenzioni*; sia che la convenzione venga impugnata per *rescissione*, che per *nullità*. Anticamente l'azione per impugnare di nullità un contratto durava trent'anni, e dieci quella delle sentenze, *pramm.* 4, § 21 e 27, *de dilat.*; Alti-

mari *de nullit.*, rubric. 8, § 3, n. 5; e quella per restituzione in intero era ridotta a quattro, l. ult. Cod. *de tem. in integ. rest.*; ma l'art. 1258 senza distinzione stabilisce il termine di dieci anni, sì per l'azione di nullità, che per quella di rescissione. Si è intesa fare questo cangiamento importante all'antico ordine delle cose, abbreviando il termine, per non lasciare in una lunga incertezza la sorte de'contraenti, siccome attesta Bigot-Préameneu nell'esposizione de' motivi, in Locrè, t. 6, p. 178, n. 173.

Casi ne' quali l'azione di nullità o di rescissione à una durata più breve di dieci anni.—Si limita l'art. 1258 ad enunciare che in taluni casi l'azione di nullità è ristretta ad un termine più breve di dieci anni da una legge particolare.—Questi casi sono:

1.° L'azione pel supplemento del prezzo che compete al venditore, e quella per la diminuzione del prezzo, o pel recesso dal contratto che compete al compratore, debbe sperimentarsi nel termine di un anno dal dì del contratto; art. 1468.

2.° La domanda per la rescissione della vendita per causa di lesione deve sperimentarsi nel termine di due anni dal dì della vendita; art. 1522.

3.° L'azione redibitoria che risulta da' vizî della cosa, deve proporsi fra un breve termine e secondo la consuetudine de' luoghi; art. 1494.

II. *Epoca da considerarsi sul cominciamento della prescrizione delle nullità.*—Primieramente è da farsi una distinzione tra le persone capaci, e quelle dalla legge dichiarate incapaci.

Primo.—In quanto alle persone capaci.—Queste persone possono impugnare la convenzione, o per nullità fondate sopra una legge speciale, o per vizio di forma, o per causa di rescissione.

Impugnato l'atto per nullità derivante da una legge speciale, o da vizio di forma, il termine comincia a decorrere dal dì della confezione dell' atto medesimo, quantunque la convenzione fosse sottoposta ad una condizione. È vero che Toullier, t. 7, n. 609, o Delvincourt, lib. 3, tit. 5, nota 437 insegnano, che essendo il titolo sottoposto ad una condizione, l'azione per nullità o rescissione non comincerebbe a decorrere che dal dì in cui la condizione si è verificata; ma noi preferiamo la dottrina contraria insegnata da Solon, *des nullités*, t. 2, n. 491, da Duranton, t. XII, n. 537, e confermata dalla Cassazione di Parigi con arresto del dì 30 novembre 1814, in Sirey, 15, p. 53. Nè osta l'art. 2163 che stabilisce di non correre la prescrizione a riguardo di un credito sottoposto ad una condizione, sino a che la condizione non siesi verificata; perciocchè la ragion motiva di questa disposizione è fondata su ciò, che il creditore in pendenza della condizione non à potuto agire, mentre non può agire il creditore che dal momento in cui è nata l'azione. Ma non è nella stessa posizione colui che vuole opporre la nullità del titolo; egli può agire in pendenza della condizione, a togliere al creditore quella speranza fondata su di un titolo nullo, arg. dell'art. 1133. E d'altronde, essendo nello spirito della legge che l'azione di nullità non sia prolungata, non à di che dolersi il debitore che per dieci anni non si è avvaluto di una nullità pronunziata nel suo favore.

Le cause poi di rescissione del contratto sono l'errore, il dolo, la violenza, la lesione, art. 1065, 1071, 1072. Nel caso di errore e di dolo, il termine della rescissione decorre dal dì in cui fu scoverto; e nel caso di violenza, dal dì in cui è cessata, dice l'art. 1258. Nel caso di lesione, il termine decorre dal dì del contratto, se si tratti di vendita, art. 1522; e lo stesso deve dirsi in quello di rescissione di una divisione, art. 807 e 1744; e nel caso di rescissione di accettazione di eredità, permessa dall' art. 700, dal dì in cui si è scoverto il testamento che dà adito alla rescissione.—Per la rescissione della divisione degli ascendenti, ved. la pag. 186, n. III.

Domandata, dopo dieci anni dal dì del contratto, la rescissione di un contratto per causa di dolo o di errore, e opposta dal convenuto la prescrizione, la pruova di essersi scoverto l'errore o il dolo nel termine di dieci anni dalla domanda, spetta all' attore in rescissione. Nè si può opporre al convenuto che *reus in excipiendo fit actor*, poichè il convenuto non fa che avvalersi del suo dritto, ed è l'attore che asserisce di trovarsi tuttora nel tempo utile. Duranton, t. XII, n. 556.

Secondo.—Persone incapaci.—Tali sono i minori, gl' interdetti, le donne maritate, i corpi morali.

Pe' minori, il termine decorre dal dì della maggior età, e per gl' interdetti, da quello in cui si è tolta l'interdizione, dice l' art. 1258. E s' intende bene, che se il minore muore prima della maggior età, o l' interdetto nell' interdizione, il termine ad agire in nullità decorre per gli eredi dal dì della morte del minore, o dell'interdetto. E s' intende pure che il termine decorre dal dì della maggiore età pel minore, da quello della tolta interdizione per l' interdetto, e da quello della morte dell' uno o dell' altro per gli eredi, senza distin-

guero se il minore divenuto maggiore, l'interdetto restitoito ne'suoi dritti, o gli eredi, abbiano avuto conosceoza dell'atto che li obbligava, o li liberava da un dritto. Su questa proposizione convengono Tuullier, t. 7. n. 615, e Solon *des nullités*, t. 2, n. 482; e si può aggiungere che questa dottrina è pur fondata sullo regole geoerali in materia di prescrizione, che la prescriziune corre contro colui il quale ignora che si prescrive a suo danno. *Nulla scientia vel ignorantia spectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio*, dice la Legge. Cod. *de usucapione trasformanda*. Merlin, rep., v. *prescription*, § 7, *art. 2, quest. 8.*

Quistioni—1.° La prima importante quistione sull'azione di nollità che compete a'minori ed agli interdetti è quella di sapere, se la durata di dieci anni riguardi soltanto il caso in cui il contratto sia fatto dalla persona del minore o dell'interdetto, o puro anche quello in cui sia stato il contratto fatto dal loro tutore, *tutorio nomine*, ma senz'osservare le formalità prescritte dalla legge. Talune corti reali di Francia han deciso, e scrittori di grave autorità (Toullier, t. 7, n. 615; Vazeille, *praescript*, n. 551; Duranton, t. XII, n. 548) insegnato, che l'aziono di nullità dura dieci anni, solo quando il contratto è stato fatto dalla persona del minore o dell'interdetto; ma quando è il tutore che à fatto un contratto senza poteri, dove esser considerato come un estraneo, e quindi compete al minore o all'interdetto l'azione di revindica che dura trent' anni, se trattasi di alienazione d'immobili; e l'azione personale ordinaria che pur dura trent' anni per impugnare le transazioni ed altri contratti pregiudizievoli.— Ma questa dottrina non sembra esatta, e la massima *factum tutoris, factum pupilli*, riceve qui tutta la sua applicaziono; e d'altrondo la legge avendo avuto gravi ragioni da limitare la durata dell'aziona di nullità, pare che la nullità di cui è parola nell' art. 1258 comprenda gli atti fatti da' tutori nell' interesse del minore. Tale idea vien chiarita dall'art. 1268, sotto la stessa seziono, che dichiara inattaccabili gli atti di alienazione de' beni de' minori e degl'interdetti, quando si sono osservate le formalità; dunque *e contrario*, non essendosi osservate le formalità da'rappresentanti, l'atto è annullabile nel senso della sezione medesima, cioè dell' art. 1258. Questa dottrina sostenuta ragionevolmente da Merlin, rep. v. *rescission*, do Solon, *nullités*, t. 2, n. 468, è stata proclamata dalla Corte di Cassazione di Parigi con arresti de' 14 novembre 1826, in Sirey, 27, 1. 306, e de'24 novembre 1835, Sirey, 36, 1, 130. Su'particolari di questa controversia ha scritto Sirey, 1833, p. 580.

2.ª *quistione.*—La seconda quistione sta nel sapere, se la prescrizione di dieci anni che à principiato a decorrere contro un magiore, è forse sospesa dalla minorità del suo erede. Toullier, t. 7, n. 614 e 615, e Duranton, t. XII, n. 548 sostengono la negativa, pel motivo, che trattandosi di prescrizione abbreviata, non si può invocare la regola generale stabilita nell'art. 2158, ma l'art. 1522 che fa decorrere il termine per la lesione anche contro i minori. Ma a noi sembra preferibile la dottrina contraria di Merlin, rep. v. *rescission*, n. 5 bis, seguita do Solon, *des nullités*, n. 493, per una ragione sempticissima. Non àvvi una legge la quale eccettua dalla disposiziona generale dell' art. 2158 la prescrizione di dieci anni, cui tutte le azioni rescissorie o di nullità sono sottoposte. E l' art. 1522 cui ricorre Toullier, prova contro la sua dottrina, poichè essendo specialo per la rescissione a causa di lesione delle vendita, la conseguenza si è, che negli altri casi pe'quali una legge speciale non à ripetuto la medesima disposizione, si applica la regola generale dell'art. 2158. È notevole inoltre che Domat, lib. 2, tit. 6, sez. 1, n. 15 insegnava, che l'azione di dieci anni per rescissione era sospesa per la minor età dell' erede, applicando alla prescrizione decennale ciò che nella L. 19 ff. *de minoribus* erasi stabilito per la restituzione in intero che per l' antico dritto romano era stabilito ad un anno. Da ultimo merita di esser accolta una sensata riflessione di Troplong, *prescript.*, n. 1037 e 1041, il quale con giudizio osserva, che nelle sole prescrizioni abbreviate la prescrizione non è sospesa per la minor età o interdizione, e nell' enumerare tutti gli art. relativi alla prescrizione abbreviata non mette al certo l' aziono di nullità, di cui è parola nell'art. 1258. Egli ben a ragione conchiude così: « non si obblierà che nel dritto civile la prescriziono non corre giammai con» tro i minori, od eccezione da' casi determinati dalla legge, art. 2252 (2158). Nel silenzio » delle disposizioni speciali del codice civile, si prenderà adunque per regola la sospen» sione.

Terzo.—In quanto alle donne maritate—Bisogna fare una distinzione fra gli atti da esse fatti senza l'autorizzazione del marito, e que' pe' quali la legge le ammette alla restituzione in intero, malgrado che avessero contrattoto coll'autorizzazione del marito Nel primo caso, l'ozione di nullità non comincia a decorrere che dal dì dello scioglimento del matrimonio, giusta l'art. 1258, perchè allora solamente la donna maritata è libera d'agire per sè

non emancipato contra qualunque sorta di convenzioni ; ed in favore del

---

stessa. Nel secando caso, come quando, per esempio, la moglie impugna un contratto fatto con l'autarizzazione maritale, per causa di dolo, violenza o errore, il termine per agire in nullità decorre durante il matrimonio, perchè non può invocare la massima *contra agere non valentem, non currit praescriptio*, ammeno che l' aziona non si rivolgesse indirettamente contro il marito, art. 2160 a 2161. E per ciò poi che riguarda l'alienazione del fondo dotale, vedi gli art. 1373 e 1374. Toullier, t. 7, n. 613; Solon, *des nullités*, n. 487; Duranton, t. XII, n° 540, 541 e 542.

Quarto. — *In quanto alle nullità de' contratti passati colla Chiesa, co' Comuni e cogli altri corpi morali.* — Si è impegnata fra i giureconsulti francesi la grave quistione, se la prescrizione decennale dall'art. 1258 stabilita per le azioni di nullità si possa opporre a' Comuni, alla Chiesa, a' corpi morali; e s'intende bene che la quistione s'impegna per i contratti che si riferiscono a cose suscettibili di privata proprietà, perciocchè le cose insuscettibili di proprietà, per le osservazioni fatte nel t. 1, nota 1, pag. 128, non si prescrivono. Or avvenendo che un corpo morale contragga un debito, o alieni un fondo suscettivo di privata proprietà, senza osservare le formalità prescritte (*v. nel t. 1, nota 1, pag. 128, e d. tom., p. 139 a 143*), si sostiene la prescrizione di nullità di dieci anni da Merlin, rep., v. *prescription*, sez. 3, § 6, n. 8, ne' seguenti termini: « il codice civile stabilisce nell'art. 2227 » (2033), che lo Stato, gli stabilimenti pubblici ed i Comuni sono sottoposti, come i particolari, alle stesse prescrizioni, e possono egualmente opporle. Laonde, oggi giorno, non » solamente il vizio di un' alienazione fatta illegalmente da un Comune o da uno stabili- » mento pubblico, può essere purgato colla prescrizione ordinaria, *ma si purga eziandio* » *col solo trascorrimento di DIECI ANNI; mentre è a dieci anni che vien limitata tra par-* » *ticolari, dall'art. 1304 (1258), la durata dell'AZIONE IN NULLITÀ DI UNA CONVEN-* » *ZIONE* ». — Della stessa opinione è Troplong, *prescript.*, n. 196.

La contraria dottrina è insegnata da Solon, *des nullités*, t. 2, n. 479. « I Comuni, egli » dice, non possono rinunciare alle azioni per nullità che sono in dritto di esercitare, on- » de segue che la prescrizione di dieci anni non può essere loro opposta; *nec obstat* l'art. » 2227 (2033), perocchè questo art., posto nel titolo delle prescrizioni in generale, non » può riferirsi ad una prescrizione che à le sue proprie regole, e che non può mai essere » se non il risultamento di una rinuncia tacita che i comuni non hanno capacità di poter » fare. I comuni non possono dunque esser dichiarati irrecettibili in un'azione per nullità o » rescissione, se non quando i terzi potessero loro opporre una prescrizione generale; in » contrario non potrebbero sotto verun pretesto esser respinti, giusta le disposizioni del- » l'art. 1304 (1258).

E malgrado questa discordanza della scuola francese, presso di noi non si dev'esitare ad ammettere che l'art. 1258 che limita la durata dell' azione di nullità delle convenzioni a dieci anni, non è applicabile a' contratti de' corpi morali, massima se la nullità è fondata sulla mancanza del Regio assenso. Imperciocchè la prescrizione dell' azione di nullità è fondata (*vedi la pag. 450*) sulla presunzione che colui cui compete l' azione in nullità abbia rinunciato a' mezzi di farla valere, riconoscendo tacitamente la giustizia del contratto. Ma se non si dubita, che le formalità prescritte per l'alienazione de' beni de' Comuni e degli stabilimenti pubblici sono di ordine pubblico, cui non si può rinunciare, cade da se il fondamento della prescrizione decennale non solo, ma anche della trentenaria; mentre, quando il titolo è colpito di una nullità veramente assoluta e di ordine pubblico, non v' à affatto prescrizione. La legge resiste incessantemente alla esecuzione che questo titolo potrebbe avere: essa lo riduce ad un puro fatto, che non può essere autorizzato, nè confermato, e non produce alcun' azione, alcuna eccezione. Ed è perciò che gli art. 298 a 301 della *legge del 12 dicembre 1816* (*trascritti nel t. 1, p. 139*) stabiliscono, che l' omissione delle formalità per le convenzioni de' Comuni, che si riferiscono ad atti di alienazione, costituisce *nullità assoluta*, e *che non può sanarsi da prescrizioni legittime*. Queste disposizioni sono applicabili alle convenzioni de' stabilimenti pubblici, giusta il decreto de' 4 aprile 1830; e lo stesso deve dirsi pure per i beni della Chiesa, la cui alienazione è sottoposta a formalità speciali dal decreto del 1 dicembre 1833, non escluso il regio assenso. È un principio di dritto pubblico che il *regio assenso* non si prescrive (v. Tommasio *dissert. juridic. de PRAESCRIPT. REGALIUM AD JUR. SUBDIT. NON PERTINENTB.*, cap. 3, § 2 e seg.), e sin da' primi tempi della nostra monarchia questa massima fondamentale veniva intesa, come si raccoglie dalla Costituzione di Ruggiero *scire volumus*, e da quella di Federico, *ea quae ad speciale decus*. Si tentò con escogitazioni forensi di turbare la riferita regola fondamentale del nostro dritto pubblico, ma il nostro Sovrano Ferdinando IV con dispacci pieni di sapienza politica richiamò in vigore le riferite costituzioni de' be' tempi

minore emancipato, contra tutte le convenzioni che oltrepassano i limiti della

---

della monarchia, quando prescrisse, che il regio assenso essendo una regalia, *non vi è tempo, nè prescrizione bastante a poter ledere i dritti della Sovranità; così che il regio assenso e tutto quello ch'è regalia non si può supplire nè per tempo, nè per congetture, ma dev'essere solenne, e nella forma specifica vedersi solenne e nudo.* Così proclamano i dispacci del regno, come può vedersi in Gatta, tom. 1, part. 1, til. 2.

Or, se le antiche leggi prescrivevano che ne' contratti di alienazione de' beni de' corpi morali le formalità stabilite dalla legge eran sostanziali, e non potevano produrre effetto senza l'assenso regio, e le medesime disposizioni sono ripetute e richiamate in vigore con gli art. *298 a 301 della legge del 12 dicembre 1816*, pe' beni de' comuni e corpi morali, e col decreto del 1 dicembre 1833 per que' della Chiesa, come dire che l'azione in nullità di una convenzione che compete ad un corpo morale possa sanarsi col silenzio di dieci anni?

Nè ci smuove l'obiezione tratta dall'art. 2033, che sottopone i corpi morali alle prescrizioni, come i particolari. Imperciocchè questa disposizione altr'oggetto non à che quello di stabilire in massima, che i beni de' corpi morali, suscettibili di privata proprietà, possono prescriversi, come le proprietà de' particolari; val dire, che il possesso, fondamento di ogni prescrizione, di un fondo di un comune, pel tempo valevole ad indurre la prescrizione, rende proprietario il possessore, in pregiudizio de' dritti del corpo morale; nello stesso modo come il silenzio del comune per 30 anni a riscuotere un credito, libera il debitore. Ma quando il corpo morale agisce per la nullità di una convenzione, come il particolare può opporgli la prescrizione di nullità, quando il titolo niun dritto à potuto trasferirgli, quando manca il fondamento della prescrizione, per le ragioni esposte? Come si può ricorrere all'art. 2033, il quale nell'ammettere che la prescrizione si possa opporre a' corpi morali, non à certo derogato alle regole generali sulle nullità degli atti? Bisognerebbe allora dire che alla nullità assolute e di ordine pubblico, si possa rinunciare (*ved. la pag. 444 in fine, e 447*), e che la sola negligenza di amministratore valesse a compromettere gl' interessi di un corpo morale.

Ci piace infine corroborare questa nostra discussione con l'autorità della Corte Suprema di giustizia, la quale con arresto di annullamento del dì 31 marzo 1842, ritenne in principio, che la prescrizione decennale fissata dall' art. 1258 non è applicabile alle nullità delle convenzioni de' corpi morali. « La Corte Suprema osserva che all' azione di nullità » istituita dalla chiesa di S. Felice de' Pagani contro l'istrumento di transazione del 1809 » *non può essere di ostacolo la prescrizione decennale prevista dall' art. 1258 ll. cc.*; poi» chè per testuale disposizione dello stesso articolo, una tale prescrizione non è di pregiu» dizio a' minori, ed in conseguenza alle chiese che sono dalla legge assimilate a' minori » (*causa Pepe e Pepe*).

III. *Disamina se l'eccezione di nullità si prescriva in dieci anni.* — Un principio che à in sè l'autorità de' secoli è, che, se un' azione è temporanea, l'eccezione è perpetua, d'onde è derivata la famosa regola, *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* Per bene comprendere il senso di siffatta regola, bisogna rimontare a' principi.

La prescrizione è fondata sopra vedute di generale interesse, e quando la legge per lo sperimento di un dritto à stabilito un termine, non à di che dolersi colui che per sua negligenza n' è decaduto.

Colui adunque che per attaccare un atto di nullità deve ricorrere alla giustizia per via di azione, e lascia non pertanto decorrere il termine valevole per lo sperimento dell' azione, decade per propria colpa da un dritto che dalla legge gli veniva accordato.

Ma non potrà dirsi negligente colui che non essendo molestato da chi à contro di lui un titolo annullabile, se ne sta in silenzio, nel silenzio del suo creditore. Egli non deve difendersi che quando viene attaccato; ma sino a che non sarà molestato, a che opporre una difesa contro un titolo che forse lo stesso creditore, standosene in silenzio, riconosce per inefficace, e non vuole avvalersene? Per esempio, io posseggo l'eredità di un mio zio morto *ab intestato*, come il più prossimo congiunto. So intanto che mio zio ha disposto de' beni a favore di Cajo con un testamento nullo nella forma. Non molestandomi Cajo nel possesso de' beni, io non ho alcuna ragione da provocare la nullità del testamento. Cajo intanto nel ventinovesimo anno del mio possesso interrompe la prescrizione, e dopo 35 anni dalla morte di mio zio mi domanda il rilascio de' beni per effetto del testamento; potrà forse oppormisi che io non possa impugnare la nullità del testamento, perchè ho lasciato decorrere i trent'anni accordati dalla legge per avanzare la domanda di nullità? No certamente, perchè io come possessore non doveva provocare l'attacco, ma sono chiamato a difendermi dopo l'attacco; se l' attore poteva agire quando gli piacque, a me non dev'essere interdetto di di-

sua capacità, siccome è determinato nel titolo *della minore età*, *della tutela e della emancipazione* (1).

V. gli art. 404 a 407.

---

foedermi dopo cha sono tradotto in giudizio.—Altro esempio: Tizio con violenza mi ha indotto a sottoscrivere un bono di ducati mille; e dopo quindici enni mi conviene in giudizio pel pagamento. Sarà forse prescritto il mio dritto d' impugnare per causa di violenza il contretto, solo perchè è decorso il decennio stabilito dall' art. 1458? No al certo, perchè io non fo ch'eccepire, *repellere adversarii tela*; la mia difesa è diretta a respingere l' azione, e se dipendeva dalla volontà del creditore convenirmi a suo arbitrio, non può essere limitato il mio dritto a difendermi: *cum actor in sua potestate habeat quando utatur suo jure; is autem cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur*, l. 5, § 6, ff. *de doli et metus except.*

Queste ragioni determinerono gli antichi interpetri di drillo civile e canonico (citati da Vantius, tit. 8, n. 8) a stabilire la famosa regole, *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. E l'acuto Presidente Fabro, Cod. lib. 7, tit. 13 def. 6, coerentemente alla citata regola, stabilì il seguente afarismo: *exceptiones sunt perpetuae et durant post triginta annos, etiam de his rebus, de quibus actiones essent temporales*. Sicchè sapientemente tradusse Domat (*legum delectus*, lib. 44, tit. 4, n. 11) questa regola nell'assioma, *tamdiu durat exceptio, quamdiu actio*, e la stessa massima è stata rispettata nel nostro antico foro, su di che vedi Surdus, *decis.* 272, Cardinal de Luca, lib. 15, part. 1 *de judiciis, disc. 38, n. 3*.

Un principio sì giusto, fondato sopra rigorose massime di drillo, canonizzato pel consenso universale de' giureconsulti di Europa, non è piaciuto sotto l'imperò del codice al solo Duranton, il quale nel t. XII, n. 549 si sforza di dimostrare che l' eccezione di nullità è temporanea, come l'azione; ma tutti gli altri giureconsulti hanno reedu o omaggio alla sapienza antica, rispettando la regola *quae temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Toullier, t. 7, n. 600 a 602; Merlin, rep., v. *prescript*; Poncet, *des actions*, n. 162; Solon, *des nullités*, t. 2, n. 495; Troplong, *prescript*, n. 827 a 835.—La nostra Corte Suprema non à esitato a proclamare la citata regola *quae temporalia*, con arresti, del 1 maggio 1818 (*causa la Monica, e Commissione di Beneficenza di Cava*); de' 21 dicembre 1843, col quale si espresse così: « La Corte Suprema ha osservato, che ciò ch'è tem» poraneo ad agire, è perpetuo nell'eccepire, *temporalia ad agendum, perpetua ad exci» piendum*; poichè niuno deve con giudizio di jattanza anticipare sulla invalidità di un » atto, di cui niuno ei avvale contro di lui » — (*causa Evangelista e Jacovino*).

(1) Avendo diffusamente trattato nella nota precedente della *nullità* degli atti, qui dobbiamo discorrere degli atti de' minori rescindibili *per causa di lesione*. Teorica è questa non facile a certo, e per trattarla convenevolmente fa d'uopo rimontare all'antica legislazione, in quanto a' rimedi che la legge accordava a' minori per gli atti fatti in loro pregiudizio. Per il che, questa nota sarà suddivisa in due §. Nel primo, presenteremo in iscorcio i principi dell'antica legislazione sulla nullità e rescissione degli atti che pregiudicavano i minori, e delle differenze tra l'una e l'altra. Nel secondo, esamineremo, se sotto l'impero del codice siavi differenza tra la nullità e la rescissione degli atti che pregiudicano i minori, e quale sia perciò il senso dell' art. in esame.

I.

Escursione storica dell' antica legislazione e giureprudenza sulla nullità degli atti fatti da' minori, e sulla restituzione in intero

I. Il dritto romano distingueva due epoche nella minor età: il tempo anteriore alla pubertà, e quello che decorreva dopo la pubertà fino all'età di anni 25.

Le donne erano puberi a 12 anni, ed i maschi a 14; *Inst. princ. quib. mod. tutela finitur*. Fino alla pubertà il minore era considerato dalla legge incapace ad obbligarsi civilmente, senza l'autorità del tutore; ma se per effetto del contratto avea vantaggiato la sua condizione, rimaneva obbligato non solo naturalmente, ma anche civilmente; l. 3, ff. *de negotiis gestis*; l. 3, in princ. ff. *comod.*; l. 5. ff. *de auctoritate tutorum*; Cujacio, sulla l. 59 ff. *de obl.* Se poi l' impubere che avea contrattato senza l'autorità del tutore e senza avvantaggiare la sua condizione rimanesse obbligato almeno naturalmente, era un punto molto controvertito tra gl'interpetri. Cujacio, sulla l. 59 ff. *de obligat*, e sulla l. 127 ff. *de verb. obligat.* sosteneva la negativa; ma la sua dottrina fu contrastata da Auremio, *exercitationes ad pandectas, disputatio 15, § 10, pag 276*: vedi anche Coccei, *controv.*, *lib. 2, tit. 14, quaest. 31*.—Che che ne sia di siffatta controversia, egli è certo però, che la presenza

del tutore dava all' atto fatto dall' impubera la *forma* legela, le *solennità*, senza di che l' otto era nullo *ipso jure*, quantunquo niun pregiudizio avesse sofferto il minore. *In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio, et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est eine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est*, l, 16 pr. ff. de minoribus. — *Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo Praetorem se non debere interponere*, det. leg. § 3. Ved. Perezio sul tit. del Cod. *in quib. causis restitutio in integr. non est necessaria*, n. 2 e 8.—L'etto adunque dall'impubere fatto senza l'autorità del tutore ora *nullo nella forma*, e per provalere questa nullità non fecova d'uopo di provara alcune lesione. Voet, *ad pand.* tit. *de in integr. rest.*, n. 13, o tit. *de minor*. n. 52.

Che se poi l' impubore avea cootrettato con l'autorità del tutore, in modo che l' atto era *valido nella forma*, o ciò noo pertanto il minore era stato loso, la sola circostanza della impubertà veniva dalla leggo presa in tanta coosiderazione, eho, provata la lesione, doveasi rescindere quoll' atto fetto con la formalità volute delle legge. Questa rescissiono, detta restituzione in lutero, *restitutio in integrum*, dottate doll' equità, come dica lo legge prima ff. *de in integr. rest.*, veniva senza dubbio accordata al minore impubero che avea contrattato coll' autorità del tutore: *minoribus annis vigintiquinque etiam in his quae praesentibus tutoribue vel curatoribus in judicio vel extra judicium gesta fuerint, in integrum restitutionie auxilium superesse, si circumventi sunt, placuit*, l. a, Cod. si tutor vel curator intervenerit; *Coccei, controv., l. 4, tit. 4, quaest. 10*. E l' effetto di questa restituaiene *in integrum* ere che, dovendosi lo cose restitoire nello stato primioro, poteva sperimentarsi encho contro i terzi possessori, l. 13, § 1, l. 14 o 15, ff. *de minor;* Voet, tit. *de restit. in integr.*, n. 10.

Con la pubertà fioiva la tutela, ed allore si dava al minoro un curatoro fino agli anni 25; Inst. *de curatoribus, in princ.* Il curetore si dova a' beni o non alla persona, dondo la massima *curator datur bonis*. Per giudicare quindi se nel dritto romano, il minore adulto potova obbligarsi, bisognava far distinziono tra le obbligazioni *personali*, o quelle cho riguerdavooo l'*alienazione de' beni*.

L' obbligazione *personale* del minore odalto non era nulla, perchè il curatoro dandosi a' beni a non alla persona, s' intendo bene eho il minore era capace di obbligorsi personalmanto, senza l' assistenza del euretore: *puberes eine curatoribus suie possunt ex etipulatu obbligari*, dice la l. 101 ff. *de verb. obligat.*; quale leggo de Cujacio viene intesa appunto per le obbligezioni personali. *Puberes* (dice Cujacio nella d. l. 101 ff. *de verb. obligat.*) *sine curatoribus auctoritate obligantur. Nec movere debet* l. 3, Cod. do in integ. restit. *quae de rerum alienatione, veluti de rerum venditione jam perfecta impletaque loquitur, non de obligatione. Fateor res suas puberem non alienare sine curatoris auctoritate: nam curatori rerum administratio commissa est. At in personam puberis curator potestatem non habet: puber enim est suae tutelae, ideoque de sua persona promittere potest sine curatore suo. Idemque nubere*, *l. sciendum de ritu nupt. Similiter puberi solvitur recte sine curatoris auctoritate, quamquam non cogatur debitor ei soli solvere ob metum restitutionis in integrum*, l. 7, ff. *de minor*.... *DENIQUE EA QUAE PERSONAM SUAM SPECTANT, IS SOLUS ADMINISTRAT RECTE SINE CURATORIS SUI AUCTORITATE. RES SUAS, VELUTI PRAEDIA AUT MANCIPIA AUT MOBILIA, NON ITEM.* — E questa puro la dottrina di Voet, tit. *de minoribus*, n. 52.

Per queste obbligazioni personali valide nella forma, la legge non pertanto accordava al minore leeo il rimedio della restituziane in intero, l. 3, Cod. *si tutor vel curator intervenerit;* l. penult. Cod. *ei adv. rem. judic.*

Le obbligezioni poi da' minori eduiti, la quali tendoveno a diminuire il patrimonio, contratte senza l' assistenza del ouratore, erano nulle, anearchè il minore obbligoto si trovasse emaneipato, l. 3, *Cod. de in integr. rest.*: l. 3, Cod. *de his qui veniam aetatis*; Cujacio, sulla l. 101 ff. *de verb. obligat.*

Come pure ereno nolle di pieno dritto lo ipoteche o lo alienezioni degl' immobili, senza un precedente decreto del giudice, l. 1 e 2, Cod. *de praed. minor.*; e quest' era la coosegueoza del seneto consulto rapportato nella l. 1, ff. *de rebue eorum qui sub tut.*; che avea in generale interdetta ogoi alienaziono d' immobili appertenenti a' minori, senze un precedonte decreto del giudice, *ne praedia rustica vel urbana distrahant;* e che in tale interdizione aveo espressamento compreso l' ipoteca, *alienari, obligarive*. Voet, tit. *de reb. eorum qui sub tutel.*, n. 5.

E se nulli non ereno gli atti fatti dal minore pubere, perchè le formolità prescritte erano state osservate, pure se lesione avea sofferto il minore, la legge lo soccorrera col bene-

ficio della restituzione in intero, l. 16. e 44 ff. *de minoribus*. Oddus, *de in integrum restitut.*, *quaest. 22, art. 1 e 9*; Coccei, *controv.*, *lib. 4, tit. 4, quaest. 9.*

Dal fin qui detto si raccoglie, che il dritto romano, in quanto alle obbligazioni de'minori, distingueva quelle ch'erano nulle *ipso jure*, e quelle rescindibili col rimedio della *restituzione in integrum*. Le prime annullavano l'atto sulla domanda del minore, sebbene niuna lesione avesse sofferto. Le seconde poi erano accordate al minore leso, quando l'atto era stato accompagnato dalle formalità prescritte, e di cui non poteva chiedersi la nullità. In somma, la restituzione in intero era un soccorso, di cui poteva avvalersi il minore contro tutti gli *atti* rivestiti delle forme legali, donde il titolo del Codice, *si tutor vel curator intervenerit*. Abbiamo detto *atti*, e non *convenzioni*, poichè il minore leso era restituito in generale per tutti gli *atti*, non esclusi i giudicati. Così era restituito negli atti di donazione, Cod., tit. *si adversus donat.*;—contro le transazioni e divisioni di eredità, Cod., tit. *si advers. transact. vel divis.*;—nelle vendite, Cod. *si advers. vendit.*;—nelle doti, Cod tit. *si adv. dot.*;—nella prescrizione, tit. *si adv. usucap.*;—contro l'adizione di eredità, o il rifiuto della medesima, Cod. tit. *si minor. ab heredit. se abstineat*, e tit. *si omiss. heredital.*;—contro la cosa giudicata, Cod tit. *si advers. rem judicat.*—non esclusa la vendita giudiziaria de'beni, Cod. tit. *si adversus venditionem pignorum*. — Ed è notevole che la restituzione in intero di tutti questi atti si accordava, per quanto leggiera fosse stata la lesione, ed all'arbitrio del giudice era rimesso l'esame di tal fatto, l. 9, ff. *de dolo malo*; l. 4, ff. *de in integr. rest.*; l. 24, ff. *de minoribus*; Donello, *coment.*, lib. 21, tit. 9. Coccei, *controv.* lib. 4. tit. 1, quaest, 9, e tit. 4, quaest. 6.—La pruova della lesione dovea farsi dal minore, l. 25. Cod. *de probat.*, l. 5. Cod. *in integr. restit.*, l. 27 § 1, ff. *de minor.* Coccei, *controv.*, lib. 4, tit. 4, *quaest.* 7.

Questo beneficio non era personale al minore, ma si trasmetteva all'erede, secondo la opinione più ricevuta. Coccei, *controv, lib. 4, tit. 1, quaest. 7, e tit. 4, quaest. 8*; Voet, tit. *de restit. in integrum, n. 10*.

Si vede bene che il diritto romano metteva i minori nella posizione molto difficile, per tutelare troppo i loro interessi, perciocchè chi avrebbe potuto con essi contrattare, come sicuri potevano essere le compre de' loro beni, non escluse le vendite forzate?

II. *Giurisprudenza del regno.*—Bisogna riportarsi al dritto comune, ed al dritto consuetudinario napoletano

Per dritto comune, Federico II con la constituzione *minorum jura*, tit. *de restitutione minorum*, stabilì di restituirsi i minori, *in que' casi ne quali le antiche leggi loro soccorrevano*. Sicchè le leggi romane furono nel regno ricevute in siffatta materia sì per ragion comune, che per la riferita costituzione di Federico. Quindi la distinzione tra i contratti nulli *ipso jure* e quelli rescindibili col rimedio della restituzione in intero fu conservata, e per conseguente, quando il contratto era nullo per non essersi osservato le formalità volute dalla legge, non avea bisogno il minore di provare la lesione o di ricorrere al beneficio della restituzione in intoro. Rovito, sulla *pramm. 1, de minor.*

Dippiù, si pretendeva che il contratto nullo avvalorato dal giuramento impediva al minore di provocarne la nullità, *per textus in* Auth. *sacramenta puberi*, Cod. *si adversus venditionem*; ma questa legge non fu ricevuta in Europa, come attestano Voet e gli scrittori da lui citati, nel tit. *de minor.*, n. 48; e Coccei, *controv.*, lib. 4, tit. 4. *quaest.* 21; come anche non fu ricevuta nel regno; Decius, *cons.* 180, n. 2; Afflitto, *decis. 322 et ibi* Ursillo; Rovito sulla *pramm. 1, de minorib.*, *n. 33.*

Da ultimo era notevole per dritto del regno, che il quadriennio, che la l. ult. Cod. *de tempor. in integr. rest.* accordava a'minori di 25 anni, cominciava dall'anno XVIII, poichè Federico II con la const. *minorum jura* restrinse la minor età a 18 anni (vedi *nel t. 1, nota a, pag. 98.*) E siccome ne' feudi i Baroni eran dichiarati maggiori a 14 anni, surse la quistione, se il Barone leso nella minor età, avea il tempo utile del quadriennio per sperimentare la restituzione *in integrum*, elasso il tempo di anni 14, e di 18, o di 25. Quistione gravissima fu questa, come riferisce de Franchis, *decis. 650*, e la quale per altro dopo la prammatica ultima del 1597, tit. *de minoribus*, rimase sopita.

Consuetudine napoletana.—La consuetudine napoletana *Pupillus* tit. *de in integr. rest. minorum* stabilì di particolare, che il pupillo leso da un contratto fatto con l'autorità del tutore, e di altra persona specialmente destinata al contratto (*la quale da' cittadini napoletani era chiamata con la voce barbara Abocaton*) non poteva agire contro la parte contraente, o il terzo possessore, che sussidiariamente e dopo di avere discusso i beni del tutore, situati e dentro e fuori il distretto di Napoli: *Si pupillus contrahat, et lesus invenietur, adeo ut restitutionem in integrum petere possit, cum contractus celebratus est ex auctoritate tutoris, non restituitur adversus contrahentium, nisi prius discusso ipso tutore, qui*

si non erit solvendo, tunc demum restitutioni fiet locus. Stimò Napodane di esser ricavato questo statuto dal dritto romano nel tit. del Cod. *de magistratibus conveniendis*; ma questa sua opinione, per quel che abbiamo testè riferito, ora erronea, così che si vede bene che la consuetudine stabilì pe' cittadini napoletani un dritto tutto nuovo.

II.

Disàmina se l'antica differenza tra la NULLITA' *e la* RESCISSIONE *delle obbligazioni de' minori sia conservata dal codice civile; e quindi se la lesione autorizza il minore a chiedere la rescissione degli atti stipulati con le formalità volute dalla legge.*

I. Per risolvere siffatto difficilissimo problema, fa d'uopo dimostrare preliminarmente la differenza che passa tra la *nullità* e la *rescissione* di un atto. Proudhon (*traité des personnes, t. 2, p. 282*) ha in poche e gravi parole mostrato con la massima chiarezza, siffatta distinzione. « L'azione per nullità, egli dice, non esige la prova di alcuna lesione, » giacchè per natura della cose un atto nullo non produce alcun effetto contro l'interesse » di colui per lo quale la nullità è stabilita dalla legge. In conseguenza di che non vi è bi- » sogno di stabilire altra cosa che la nullità medesima, per liberarsi da tutte le conse- » guenze dell'atto che ne viene colpito.

» Nell'azione *per rescissione*, al contrario, bisogna provare la lesione, fuorchè in qual- » che caso in cui essa si presume *ipso jure*, giacchè l'atto non è nullo, e ripugna alla mo- » rale egualmente che alla giustizia l'ammettere un uomo a prendersi gioco delle sue obbli- » gazioni, unicamente per non osservarle, senza che abbia un interesso reale a violarla.

» E dunque ancora oggidì necessario distinguere il caso della *nullità* da quello della » *rescissione*, poichè nell'uno l'esercizio dell'azione è sommessa ad una condizione che non » può essere richiesta nell'altro ».

Siffatta distinzione tra l'azione di *nullità* e quella di *rescissione*, uniforme alle idee dell'antico dritto, siccome abbiamo dimostrato nel § precedente, è stata riconosciuta com'esatta da Toullier, t. 6, n. 106, da Solon, *des nullités*, t. 1, n. 69, 74 e 278; da Merlin, rep. v. *mineur*, § 9, n. 1, e v. *nullité*, § 8 e 9; da Grenier, *hypoth.*, n. 44; da Troplong, *hypoth.*, n. 492. Imperciocchè è dessa scritta in termini chiarissimi nell'art. 1258, che sottopone alla stessa durata tanto l'azione di *nullità* di un contratto, che quella di *rescissione*; e nell'art. 1265, nel quale è detto che la ratifica sana il vizio del contratto, sia che fosse *nullo nella forma*, che semplicemente soggetto a *rescissione*; e nell'art. 1292 che ammette la ratifica delle obbligazioni *nulle* e di quelle soggette a *rescissione*. E qual senso in vero potrebbe darsi alle parole dell'art. 1265, *nullo nella forma* (e si parla di nullità nel rapporto della minor età), se non quello delle leggi precedenti, secondo le quali era *nullo* il contratto fatto dal minore, il quale non era stato autorizzato? E la *rescissione*, messa nello stesso art. in opposizione alla *nullità*, vuol dire altro che la *restituzione in intero*, cui si è bisogno di ricorrere, quando da un contratto valido nella forma, si è ciò non pertanto sofferto lesione? Non pare quindi di doversi accogliere l'idea di Delvincourt (lib. 3, tit. 5, cap. 5, sez. 7.) e di Duranton, t. XII, n. 225 e 226, i quali portano avviso di doversi considerare indistintamente l'azione di *nullità* del contratto del minore, o quella di *rescissione*.

II. Stabilita la differenza tra l'azione di *nullità* e quella di *rescissione*, importa moltissime il sapere se, l'antica dottrina sull'una e sull'altra azione accordata al minore, siesi conservata dal codice in vigore; perciocchè, se si ritiene che oggi la sola lesione autorizza il minore ad impugnare il contratto, ne segue che pe' contratti fatti da' minori e con le formalità volute dalla legge, non compete ad essi alcun rimedio. Or gli scrittori non sono di accordo su questa teorica, e le diverse opinioni che dividono la scuola ed il foro bisogna enunciare.

Prima opinione.—L'incapacità del minore non essendo fondata che sulla presunta debolezza del suo giudizio, egli non può impugnare gli atti da' quali risulta la presunzione contraria, vale a dire, quu' che non gli erano pregiudizievoli al momento in cui furono fatti; o in altri termini, il minore non è restituito semplicemente come minore; ma è la *lesione* che autorizza la rescissione del contratto in suo favore: *minor restituitur tamquam laesus*. Quindi, allorchè tutte le formalità prescritte dalla legge sono stato osservate, il minore non può essere restituito; e l'azione che l'art. 1259 gli dà ad esser restituito per lesione riguarda precisamente il caso in cui il minore abbia contrattato senza osservare le formalità volute. Questa è la dottrina di Delvincourt, lib. 3, tit. 5 cap. 5, sez. 7, § 1.

Può dirsi che questa sia anche la dottrina di Merlin; poichè, sebbene nel rep., v. *mineur*, § 9, e v. *nullité* § 8 e 9, avesse ammessa la differenza tra la *nullità* e la *rescissione* degli

atti de' minori, nella 3. edizione delle *quistioni, v. hypot.* § 4, à modificato la sua precedente dottrina, ne' seguenti termini: « Si deve mai, egli dice, sotto il codice civile, come » le si doveva sotto l'antica giurisprudenza, tener per nulla di pieno dritto ed indipendentemente da ogni lesione l'ipoteca acconsentita da un minore, senza l'autorizzazione precedente di un consiglio di famiglia omologato dal giudice?

» Il codice civile ha introdotto, su questo proposito, una legislazione tutta nuova. Non » è più per via di *nullità*, non è più che per via di *rescissione*, che il minore può reclamare nella maggior età contra le alienazioni che ha fatte e le ipoteche che à costituite » senza le formalità richieste. L'art. 1305 (1259) prescrive in prima che *la semplice lesione dà luogo alla* RESCISSIONE *in favore del minore non emancipato contra qualunque sorta di convenzioni.*

» Se ci attenessimo a ciò, si potrebbe credere ch'esso non faccia, con tale disposizione, » che rinnovare quelle delle leggi romane; secondo le quali il minore adulto poteva contrarre validamente ogni specie di obbligazioni personali (*ved. la pag. 456*), salvo a » farle rescindere in caso di lesione, e che, lungi dal derogare alle disposizioni delle stesse leggi le quali annullavano di pieno dritto le alienazioni e le ipoteche degl'immobili de' » minori costituiti senza precedenti formalità, il codice civile le conservi co' suoi art. 2124 » (2110) e 2126 (2012).

» Ma l'art. 1305 (1259) va più oltre: esso soggiunge che la semplice lesione dà luogo » alla rescissione *in favore del minore emancipato, contro tutte le convenzioni che oltrepassano i limiti della sua capacità; siccom' è determinato nel titolo della minor età, » della tutela e della emancipazione.*

» Ora l'art. 484 (407), ch'è collocato sotto questo titolo stabilisce che il minore emancipato *non potrà vendere nè alienare i suoi immobili...... senza osservare le forme prescritte per lo minore non emancipato.*

» Dunque, la vendita e l'alienazione che il minore emancipato fa de' suoi immobili senza osservare queste formalità sono nel numero delle *convenzioni* di cui parla l'art. 1305 » (1259) nella sua seconda parte.

» Dunque, il minore il quale à venduto o alienato o per conseguente ipotecato i suoi immobili, senza osservare coteste formalità, non può rinvenire contra ciò che ha fatto, » se non mediante la *rescissione*.

» Dunque, la vendita, l'alienazione, l'ipoteca, ch'egli ha consentite senza osservare queste formalità, non sono nulle di pieno dritto. Dunque, è lo stesso rispetto al minore non emancipato: imperciocchè, la voce *convenzioni* non può avere nella prima parte dell'art. » un significato meno esteso che nella seconda ».

Seconda opinione. — Le obbligazioni de' minori sono *nulle*, ogni qualvolta si sono violate le forme *specialmente* prescritte per i minori, o che può esservi soltanto luogo a *rescissione* nelle convenzioni, per le quali la legge non ha stabilito particolari formalità a causa della minor età. Gli atti fatti ad onta delle formalità speciali sono nulli di pieno dritto, perchè ànno riguardo a' beni de' minori, nè la lesione è mestieri provarsi per potere i minori esercitare i loro dritti. Queste formalità speciali sono per la vendita, art. 375 e 380; per la divisione di una successione, art. 757; per le transazioni, art. 390. In quanto agli obblighi non sottoposti a formalità speciali, l'azione per rescissione a causa di lesione è sufficientissima, poichè è ben raro che il minore facendoli possa compromettere il suo avere. Tal è la dottrina di Proudhon, *traité des personnes*, p. 2, p. 84; di Solon, *des nullités*, t. 2, n. 83 a 85; di Duranton, t. X, n. 278 a 287.

Terza opinione. — Gli atti o le obbligazioni che riguardano i minori, senza osservare le formalità volute dalla legge, sono *nulli*, come faceva il dritto romano. Sono validi e solamente suscettive di *rescissione a causa di lesione* (tranne i casi espressamente eccettuati dalla legge), se le obbligazioni non sono state contratte con le forme legali. È questa la dottrina di Toullier, t. 6, n. 106 e t. 7, n. 527, 575, 576 e 577; e di Troplong. *hypot.*, n. 492.

Noi rendiamo omaggio alla dottrina di Toullier e di Troplong, la quale ci sembra basata sopra solidi principî e su' testi espressi di legge. Ed invero, le formalità stabilite dalla legge per gli atti de' minori debbono avere un oggetto, qual è quello di tutelare gl'interessi di costoro. La sola inosservanza di queste formalità deve menare alla nullità dell'atto, e questa nullità, a prescindere che è una conseguenza necessaria della trasgressione di formalità sostanziali (*vedi la pag. 441*), trovasi pur espressamente dichiarata dall'art. 1265, con le parole *nulli nella forma*. Le parole della legge bisogna intenderle *secundum subiectam materiam*, e la *nullità nella forma*, di cui è parola nell'art. 1265 sotto il titolo *delle nullità e rescissioni degli atti*, altro non possono significare che la *for-*

ma stabilita dalla legge perchè possano i minori legalmente contrattare, e questa idea viene confermata dall'art. 1884 che tratta di una obbligazione che possa essere *annullata* in forza di una eccezione personale all' obbligato. Dunque, la legge dichiara *nulli* i contratti de'minori, senza l'osservanza delle formalità volute; dunque, il legislatore ha rispetto gli antichi principi che, come abbiamo riferito nel § precedente, dichiaravano *nulli* i contratti de'minori fatti senz'autorizzazione. E qual'è l'effetto di questa nullità ? È, come era per dritto romano, che il minore non ha bisogno d' invocare il soccorso della restituzione in intero ; o in altri termini, non è la lesione che l' autorizza a provocare la nullità di un atto invalido. Era conveniente invero, che il legislatore annullasse tali atti di pieno dritto, per evitare la rovina de' minori. Nella vendita, p. e., il minore che volesse provare la lesione, sarebbe tenuto di provocare una perizie, le cui operazioni lunghe e dispendiose potrebbero nuocere all' esercizio del suo dritto, e d' altronde può esser pregiudizievole ad un minore la vendita senza necessità, quantunque non avesse sofferto lesione. Il terzo non à di chi dolersi, poichè egli non ignorava la condizione di colui col quale ha contrattato.

Inoltre l'art. 425 dichiara nulli di *pieno dritto* gli atti fatti dall'interdetto, nè si saprebbe comprendere come nello stesso tit., art. 432, dichiarandosi di essere le leggi sulla minor età applicabili all'interdetto, non avessero di comune poi gl'interdetti ed i minori l'azione di nullità per impugnare gli atti per la validità de'quali sono stabilite le formalità identiche.

Abbiamo di sopra (pag. *459*) riferito che Merlin trova nell'art. 1259 una innovazione al dritto romano, e ne conchiude che oggi a'minori per i contratti fatti senza l' osservanza delle formalità volute dalla legge, non compete che la semplice azione di *rescissione per causa di lesione*. Ma dal ravvicinamento degli art. 1259 e 1265 si scorge che l'azione di rescissione per causa di *lesione* compete a' minori, quando sono stati lesi da un contratto fatto con le dovute formalità; è allora, che essi ànno bisogno del soccorso della rescissione e sono forzati a fare la pruova della lesione. A quant'inconvenienti non menerebbe la teorica di Merlin? A che la legge avrebbe prescritte le formalità negli atti de'minori ? Basterebbe ad un tutore vendere senza necessità un fondo per un prezzo giusto, per non avere il minore alcun rimedio per ricuperare un fondo venduto senza necessità? E Merlin non ha forse insegnato in diversi luoghi della sua opera, *(siccome abbiamo riferito nella pag. 441)* che la inosservanza delle formalità sostanziali mena a nullità? Ciò ch'è nullo, non può da sè produrre alcun effetto. Ed in fine l'art. 545, *p.c.*, il quale ammette a favore del minore *non validamente difeso* la ritrattazione del giudicato, è altra cosa che la restituzione del dritto romano, *et adversus rem judicatam?* Se l' osservanza della formalità giudiziarie con l'intervento del P. M. non impedisce le ritrattazione a favore del minore leso, come pure il non essersi inteso il P. M. ne'giudizi de' minori è causa di ritrattazione, sia stato o pur no leso il minore dal giudicato, *art. 544, n. 8, p. c.*, non sarà questo un argomento valevole per la differenza tra la *nullità* e la *rescisione* degli atti?

Sicchè, ritenuto il rimedio di *nullità* per la violazione delle forme richieste per gli obblighi de'minori, si comprende che il rimedio della *rescissione per causa di lesione* accordato dall'art. 1259 non è che la restituzione *in integrum de' romani*, cui il minore deve ricorrere, quando à sofferto lesione da un contratto validamente costituito.

Mi si dirà. Se competesse a'minori la restituzione in intero per lesione, quando le forme stabilite per la validità del contratto sono state osservate, allora quale sicurezza avranno i terzi? Chi vorrà contrattare co'minori? Quale sarà la sicurezza degli acquisti? E non sarà difficile la risposta a questa obiezione, se per poco si osservi che il codice moderno per evitare appunto le conseguenze che derivavano dal sistema assoluto del dritto romano (*v. la pag. 457 princ.*) à fatto delle eccezioni alle regola, e queste eccezioni confermano la regola, che negli altri casi si accorda le rescissione per lesione ne'contratti, benchè legalmente fatti. Così l'art. 1268 prescrive, che nelle vendite e nelle divisioni de'beni de'minori, l'osservanza delle formalità impedisce la rescissione a causa della minor età: questa disposizione dunque è una eccezione alla regola, da noi ricordata, poichè se questa non fosse la regola, oziosa si renderebbe la disposizione dell'art. 1268. La semplice lesione non è ammessa nel caso di divisione valida nella forma, art. 757; nel caso di accettazione o non accettazione di donazioni, art. 386 e 866; nel caso di rifiuto di eredità, art. 385; nel caso in cui il minor emancipato faccia atti di amministrazione, art. 404; nel caso di convenzioni matrimoniali, art. 1263 e 1352; nel caso in cui il minore siasi obbligato per cause del suo commercio, art. 1262. Tutte queste eccezioni confermano la regola che il minore può farsi restituire in intero se vi è lesione, quantunque l'atto sia valido nella forma, giusta l' articolo 1259.

Nel chiudere questa discussione ci piace notare, che la nostra Corte Suprema ha rite-

1260. Il minore non può restituirsi in intero per causa di lesione, quando questa derivi solfanto da un avvenimento casuale e non preveduto (1).

1261. La semplice dichiarazione fatta dal minore, di esser maggiore, non lo esclude dal beneficio della restituzione (2).

---

nuto in massima, che gli atti nullamente fatti da' minori e da'loro tutori sono annullabili, ancorchè pregiudizio non avessero sofferto i minori, così che venduto un fondo del pupillo, dal tutore non autorizzato, compete al minore divenuto maggiore l'azione di nullità dell'alienazione, ancorchè da quest' alienazione, lesione non avesse sofferto. Arresti degli 8 marzo 1823 (*causa Fimiani e Centore*); de'22 agosto 1825 (*tra le stesse parti*); de'16 agosto 1825 (*causa Lucà e Forca*).

III. *Applicazione degli esposti principi agl'interdetti.*—L'interdetto viene dall'art. 432 assimilato in tutt' i punti al minore. Laonde, niun dubbio che l'art. 1259 è applicabile agl' interdetti, anche perchè anticamente da' dottori si applicava la teorica della restituzione in intero de' minori, a'maggiori che non eran sani di mente: Oddus, *tractatus de restitutione in integrum*, part. 1, *quaest.* 3, art. 1, n. 1 a 3; Voet, tit. *de minoribus*, n. 55; de Franchis, *decis.* 421.

Potrebbe dubitarsi se l'interdetto per condanna ad una pena che produce interdizione dall' esercizio de' dritti civili, giusta l'art. 17 *ll.pp.* goda, a questo riguardo, dello stesso privilegio che l'interdetto per causa d'imbecillità, di furore o di demenza. La l. 20 ff. *de minoribus* non accordava il beneficio della restituzione in intero a *relegati*, perchè potevano fare, non ostante la condanna, amministrare i loro beni per mezzo de' procuratori da loro scelti; e tanto è vero che per questo motivo veniva loro negata la restituzione in intero, che quando i procuratori da essi eletti morivano, e non era in loro potere di rimpiazzarli subito, la legge li soccorreva col beneficio in parola, giusta la l. 26, § 1. ff. *ex quib. causis majores*, e Voet, lib. 4, tit 6, n. 3. Ma ora che il condannato interdetto, non può confidare l' amministrazione de'suoi affari ad amministratori di sua scelta, poichè il tutore viene destinato dal tribunale, non vi è ragione per rifiutargli il beneficio di rescissione contro gli atti del tutore che gli recanò pregiudizio. Merlin, quistioni, v. *rescision*, § 3.

IV. *Effetti della rescissione per causa di lesione*—Su di ciò è da osservarsi, che ammessa la rescissione per causa di lesione, dessa partorisce l' effetto non solo contro la persona che à contrattato col minore, ma eziandio contro le terze persone, in conseguenza della massima *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis;* nello stesso modo come nella nota precedente, p.449, parlando degli effetti delle nullità e delle rescissioni in generale, abbiam' osservato che la nullità o la rescissione per dolo, violenza, errore o lesione autorizzata dalla legge pe' maggiori, si sperimenta contro i terzi. Quindi, il minore leso in una vendita di un fondo, esercita l' azione contro il terzo possessore, l. 13, § 1, ff. *de minoribus*, l. 5, § 14, ff. *de rebus eorum qui sub.* tutela, art. 1136. Vedi inoltre la pag. 456, e la nota all' art. 1266.

V. *Disamina se due minori avendo contrattato insieme, l'uno de' due potrà mai essere restituito in pregiudizio dell'altro.*—Per esempio, un minore ha preso a mutuo da un altro minore una summa di danaro che ha dissipato: egli sarà restituito in intero contro l'obbligazione che à contratta coll'altro, perciocchè la condizione di colui che si trova obbligato, è sempre la più dura. È questa la disposizione della l. 11, § 6, e della l. 34, ff. *de minoribus*, confermata dal suffragio degli antichi e moderni giureconsulti. Perezio, sul tit. del codice lib. 2, tit. 42, n. 6; Voet, tit. *de minoribus*, n. 35; Toullier, t. 7, n. 591; Delvincourt, lib. 3, tit. 3; nota 422.

(1) La rescissione per causa di lesione è stata introdotta, siccome abbiamo dimostrato nella nota precedente, nel fine d' impedire che si abusasse della condizione de' minori: Or se nel momento del contratto si è agito in modo, che il minore non abbia in minima parte pregiudicato i suoi interessi, un avvenimento posteriore che non poteva prevedersi non può esser preso in considerazione per autorizzare la rescissione di quell' atto che per sè non portò al minore alcuna lesione. E questa la ragione della disposizione di questo art., consona alle l. 11, § 4 e 5, e l. 44, ff. *de minoribus*.

(2) Le leggi romane consideravano come un delitto, quando un minore, nel disegno d' ingannare il suo creditore, erasi falsamente dichiarato maggiore; in conseguenza, ei non veniva restituito contro gli atti ne' quali avea voluto ingannare, le leggi non avendo per oggetto che di sovvenire alla debolezza de' minori, e non di favorire la frode, l. 2 e 3, Cod. *si minor se major. dixerit.*, e l. 3 ff. *de minoribus.*—Ma si riconobbe, che la legge per punire una specie di frode, ne autorizzava indirettamente un'altra. I creditori, quelli soprattutto che cercavano abusare della debolezza e della facilità de' minori per trarne vistosi interessi, non mancavano di far loro dichiarare ch'essi erano maggiori: ebbenperciò, questi creditori avidi ed usuraj, erano non solamente partecipanti della frode, ma anche

V. gli art. 410 ll. cc.; e 6 e 7 ll. di eccez.

1262. Il minore che è negoziante, banchiere o artigiano, non può restituirsi in intero contra le obbligazioni contratte per ragion del suo commercio o della sua arte (1).

V. gli art. 163, 164, 165, 173, 174, 1019, 1352.

1263. Il minore non può restituirsi in intero contra le convenzioni stipulate nel suo contratto di matrimonio, quando sono state fatte coll'approvazione e l'assistenza di coloro, il consenso de' quali è necessario per render valido il matrimonio (2).

---

gli autori: eglino erano i primi a consigliarla per ricavarne profitto. Onde prevenire le conseguenze pericolose di questo abuso, la prammatica 63, § ult. *de off. P. Coes.* dichiarò nulla l'obbligazione del figlio di famiglia, che si fosse dichiarato nel contratto padre di famiglia, nè il figlio di famiglia, si poteva accusare di falsità, com'era prima, *Ursillo alla decis. 308 di Afflitto:* la stessa ragione valeva pe' minori che non erano sottoposti alla patria potestà, ma alla tutela.

Queste ragioni dell'antica giureprudenza, han fatto modificare la regola del dritto romano; poichè il legislatore ha considerato che il contraente non dovea ignorare la condizione di colui col quale contrattava, e d'altronde non gli era difficile di assicurarsi dell'età del minore co' libri dello stato civile. La dichiarazione quindi del minore di esser maggiore, non è un motivo sufficiente da forgli negare la restituzione in intero.

Se però il minore passa comunemente per maggiore, non può sotto il protesto della minor età domandare la restituzione in intero, poichè ad un uomo diligente l'ignoranza di fatto non nuoce; *error comunis jus facit.* l. 9, § 2, ff. *de jur. et fact. ignor.*; l. 3, ff. *de off. praet*; Voet, tit. *de minor*, n. 43.

È notevole che l'art. in esame non nega al minore la restituzione, per *la semplice dichiarazione di esser maggiore.* Ma se non è la *semplice dichiarazione*, ma la esibizione di un atto falso di nascita col quale il minore per indurre il terzo di buona fede a contrattare, vuol prorargli la sua maggior età, allora il minore è nello stato di delitto, e non merita in questo caso, anche per l'art. 1264, di esser soccorso. « Se il minore, disse l'oratore del » Tribunato, non si è limitato ad una *semplice dichiarazione* di maggior età; se avesse » impiegato de' maneggi per persuadere l'altra parte ch'egli era maggiore; se avesse pro» dotto un falso atto di nascita, potrebbe, ciò malgrado, prevalersi della minor età? I » romani rifiutavano in questo caso la restituzione . . . *cum malitia suppleat aetatem* . . . » *cum errantibus, non etiam fallentibus, publica jura subveniant.*

» Il nostro progetto limitandosi a dire che la *semplice dichiarazione* della maggior età » fatta dal minore non è di ostacolo alla sua restituzione, decide per ciò solo che vi è os» tacolo alla restituzione, *allorchè v'è più che la semplice dichiarazione di maggior età*, » e lascia a' giudici la facoltà di applicare il principio, secondo le circostanze. Locré, t. 6; » p. 220, n. 63. Toullier, t. 7, n. 589 e 590.

Se però colui che contratta col minore il quale mediante il dolo o la falsità si dichiara maggiore, non ignora la minorità del medesimo, non fa che ingannare se stesso, dissimulando d'ignorare la condizione del minore, arg. l. 25 e 26, ff. *de rei vindic.*; e d'altronde compensandosi il dolo col dolo, l. ult., § pen. ff. *de eo per quem fact. quo min. quis in jud.* dev'esser migliore la condizione del minore che *certat de damno vitando*, mentre l'altro contende *de lucro captando.* Voet. tit. *de minor.*, n. 43.

(1) È il favore del commercio che fece ammettere dagli antichi giureconsulti (v. Voet tit. *de minor.*, n. 51) una eccezione alla restituzione in intero per i *mercatores et artifices*; ed è lo stesso favore pel commercio che à dettato la disposizione di questo articolo come una delle eccezioni all'art. 1259. Il minore commerciante è reputato come maggiore negli atti del suo commercio, purchè siensi osservate le prescrizioni degli art. 6 a 7 delle *leggi di eccez.*

Ma la qualità di commercianti non li fa riputar maggiori se non in quanto è relativo al loro stato, o come dice l'art. in esame, *per ragion del commercio o dell' arte*, e quindi non per ciò che vi è estraneo; poichè è questa una finzione ed una derogazione alla legge generale, la quale non dev'estendersi al di là del suo caso particolare. Se dunque il minore commerciante siesi obbligato per cause straniere al suo stato di commerciante, egli verrà restituito contro tali obbligazioni, perciocchè a questo riguardo è ne' termini del dritto comune. Merlin, rep., v. *mineur* § 9, n. 7.

(2) I. *Dritto antico.*—Nella pag. 456 abbiam osservato, che per dritto romano, ogni individuo al di sopra di quattordici anni poteva, quantunque minore di venticinque, obbligarsi personalmente come se fosse giunto alla sua età maggiore, salvo il ricorso al beneficio di rescissione. Non era vietato quindi a due futuri sposi di farsi qualunque donazione

(*vedi la nota 1, pag. 187*), se non che una convenzione matrimoniale portante alienazione degl'immobili di un minore, era nulla, ove non veniva autorizzata con un decreto speciale del giudice. Questo risulta dalle l. 8, Cod. *de administratione tutorum vel curatorum*. E siccome il minore veniva restituito in intero contro ogni specie di obbligazione, questo beneficio si estendeva finanche alla dote che la donna minore costituiva a se stessa, l. 9, § 1, e l. 48, § 2, ff. *de minoribus*.

Gotofredo comentando la l. 41, ff. *de jure dotium* osservò, *minores ibidem, seclusa circumventione et lesione, dotem promittentes, jure obligantur, si modo eam effuse constituant*. Per il che, nel nostro foro agitata la controversia, se per la costituzione della dote al minore si accordava la restituzione in intero, i forensi ammisero una distinzione tra la dote *necessaria* e la *volontaria*. La costituzione della dote necessaria poteva farsi dal minore o dalla minore, o dal curatore, o non avea bisogno di altre solennità: per essa non avea il minore dritto a restituzione, laddove avesse provato che eccessiva fu la promessa per effetto del dolo o della seduzione. Per la dote volontaria, che avea bisogno del decreto del giudice e delle altre solennità, si ammetteva la restituzione in intero, come nelle altre obbligazioni. Cardinal de Luca, *dot. summa*, n. 256; Gagliardi *de jure dot.*, cap. 3, n. 5.

II. Il legislatore à considerato che il matrimonio essendo l'atto più importante della società merita il massimo favore, ed ha meritamente per le donazioni che ànno causa ed il fondamento nel matrimonio, derogato alle regole comuni sulla incapacità de' minori a poter donare, perciocchè le donazioni tra sposi non sono liberalità propriamente dette, ma condizioni del contratto matrimoniale.

È sopra questo fondamento, che l'art. 1049 permette al minore di donare allo sposo tutto ciò che potrebbe donare un maggiore, purchè sia autorizzato da coloro il cui consenso è richiesto per render valide le nozze; l'art. in esame, a maggior garantia di tali atti, li dichiara esenti dalla restituzione in intero che potesse pretendere il minore; e l'art. 1352 convalida queste disposizioni. *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

Per sapere quali sono le persone, il cui consenso è richiesto pel matrimonio del minore e che debbono pure autorizzare il minore per le convenzioni matrimoniali, vedi gli art. 163, 164, 173 e 174. E potendo avvenire che il Re supplisca al dissenso de' genitori, giusta l'art. 165, il decreto del 25 gennajo 1842 ha dichiarato, chi deve in questo caso assistere il minore per le convenzioni matrimoniali: « per la validità, dice questo decreto, delle con-
» venzioni matrimoniali nel caso enunciato dall' art. 165 delle *leggi civili*, lo sposo in età
» minore verrà assistito da un curatore *ad hoc*, da destinarsi dal tribunale civile del do-
» micilio del minore; ed il contratto che si stipuli all'uopo dovrà omologarsi dal tribunale
» medesimo ».

Si è intanto promosso il dubbio, se gli art. 1049, 1263 e 1352 che permettono al minore di consentire ogni donazione ed ogni convenzione di cui è suscettibile il contratto di matrimonio, modificano gli art. 380 e 407 che gli vietano di alienare i suoi beni immobili, di maniera che la minore possa, nel costituirsi in dote de' beni di tal natura, dar potere al futuro sposo a venderli senza osservare le formalità prescritte dall' art. 380. Il sig. Bellot, nel suo trattato del contratto di matrimonio, p. 92, ha risoluto la quistione con solidi ragionamenti. « L'art. 1093 (1049) permette al minore di donare tutto ciò che un
» maggiore potrebbe donare, se egli è assistito da coloro il cui consenso gli è necessario
» per potersi ammogliare. Donare è più che vendere, l'atto è più ruinoso; e se uno di que-
» sti contratti dovesse esser proibito al minore che si ammoglia, sarebbe senza alcun dub-
» bio il primo. Se un minore può donare un immobile al suo conjuge, non vediamo per-
» chè questo minore non possa permettere al suo conjuge di venderlo. E da credersi che i
» parenti non lo permetteranno che pel bene del minore; e, come la moglie ha una ipote-
» ca legale su' beni di suo marito, quest' alienazione non è tanto pericolosa per la moglie
» quanto si può credere. È dessa contraria alla legge? Non è contraria agli art. 1309
» (1263) e 1398 (1352). Lo è forse agli art. 1124 (1079) e 457 (380)? Si, ma questi arti-
» coli sono modificati dall' art. 1398 (1352). E non potrebbe forse il minore, assistito da
» coloro il cui consenso è necessario pel suo matrimonio, fare un ammobigliamento? Sin-
» ceramente crediamo ch' egli il possa: se ciò gli è permesso, questa è pure una alienazio-
» ne le cui conseguenze non sono minori di quella onde si tratta. Stentiamo a credere che
» un arresto della Corte Reale di Riom, del 19 dicembre 1809, che giudica il contrario,
» possa stabilire la giurisprudenza. L'alienazione che ha fatto la donna minore, nella spe-
» cie, è una vera convenzione del matrimonio che può esser per lei di un vantaggio evi-
» dente. La legge dicendo che il minore assistito può fare tutte le convenzioni che potreb-
» be fare un maggiore, parla in modo troppo generale per credere che v'abbia eccezione
» sul caso proposto ». — È questa per la dottrina di Solon, *des nullités*, t. 1, n. 92.

Vedi pel dippiù, la nota all'art. 1049.

V. gli art. 1336 e seg. ll. cc., e 46 leg. pen.

1264. Il minore non può restituirsi in intero contra le obbligazioni nascenti dal suo delitto o quasi-delitto (1).

V. l'art. 1292.

1265. Non è più ammesso ad impugnare l'obbligazione sottoscritta nella sua minor età, quando divenuto maggiore l'ha ratificata, sia che tale obbligazione fosse nulla nella sua forma, sia che fosse soltanto soggetta a restituzione (2).

---

(1) Nè reati, la minor età può certamente indurre il giudice a moderare la pena; ma essa non impedisce che il minore sia condannato al risarcimento del danno che à cagionato l. 37, § 1, ff. *de minoribus*. Ed anche ne' delitti e quasi delitti in materia civile, il minore, dice l'art. in esame, non può esser restituito in intero, per quattro ragioni: 1.° I cattivi costumi non trovano scusa nella debolezza dell'animo, l. 1, Cod. *si adv. delict*; 2.° I delitti non debbono rimanere impuniti, l. 51, ff. *ad leg. aquil.*; 3.° È indegno del beneficio della legge, chi *in eas delinquit*, l. 48, § 1, ff. *de rit. nupt.*

È però da notarsi, che se il delitto non è provato, e la pruova si desume dalla sola dichiarazione del minore, si dubitava dagli antichi scrittori se il minore poteva restituirsi in intero avverso la confessione del delitto, e da molti giureconsulti si sosteneva la negativa, come si raccoglie da Coccei, *controv*, lib. 4, tit. 4, *quaest*. 17. Ma nel nostro regno era prevalsa l'opinione che il minore poteva benissimo domandare di non tenersi conto della confessione del delitto e trattarsi la causa *ex integro*: Rovito *sulla pram*. l. *de minoribus*, n. 9. Questa dottrina sembra conforme allo spirito del codice: Toullier, 7, n. 588.

(2) L'approvazione che il minore divenuto maggiore fa di un atto rescindibile, o nullo, per causa di minor età, sana il vizio dell'atto. Quest'approvazione può essere espressa, o tacita, su di che vedi le osservazioni all'art. 1292.

La ratificazione tacita si deduce sempre da un atto fatto in età maggiore, in conseguenza, ovvero all'occasione di quello ch'era originariamente nullo, o rescindibile. Così, la ricezione del prezzo, in età maggiore, sana la nullità della vendita fatta nella minorità dal minore o dal tutore, senza osservare le formalità prescritte, l. 20, ff. *de rebus eorum qui sub tutela;* il pagamento nella maggior età di parte del debito contratto nella minor età, importa la ratificazione tacita della nullità dell'atto originario, l. 7, § ult. ff. *de S.C. maced.;* se all'età maggiore del minore, il cui fondo è stato venduto senza formalità giudiziaria, il compratore gli formò una ricognizione di non avere acquistato se non sotto patto di ricompra, l'accettazione di questa ricognizione produrrà, per parte del minore, una ratificazione tacita della vendita; e ne sarà lo stesso, se, dopo aver venduto in minor età sotto patto di ricompra, divenuto maggiore, egli ceda ad un terzo il suo dritto di ricompra: Touldin, al Cod., tit. *si major factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit*, n. 2.

Ma per dirsi che un atto importi ratifica tacita, di un atto nullo, è necessario che v'intervenga colui che à interesse che siffatta ratificazione abbia luogo? Per l'affermativa si potrebbe dire che, trattandosi di un contratto nullo di pieno dritto, è la ratificazione che viene riputata dargli il suo primo essere; che perciò, la presenza simultanea delle due parti è necessaria per ratificarlo, com'essa lo sarebbe per formarlo nel suo principio. Ma vi à per la negativa una ragione perentoria; ed è, che il contratto, quantunque nullo riguardo al minore, è valido riguardo alla persona che à trattato con lui, e che questa persona è talmente vincolata da ciò che ha fatto, che non può, malgrado il minore, rivocare il consenso che egli ha dato al contratto. Da ciò risulta che, quando il minore ratifica questo contratto, anche nell'assenza della persona con la quale egli ha trattato, non fa che unire un consenso che la sua età maggiore rende obbligatorio per sè stesso, al consenso che questa persona gli à dato precedentemente: di modo che, sin da questo momento, esiste un concorso di due consensi, il quale non forma un nuovo contratto, ma che si riporta al contratto primitivo e che irrevocabilmente lo consolida. Ciò risulta esiandio dalla l. 10, ff. *de rebus eorum qui sub tutela*, secondo la cui specie, l'acquirente dell'immobile illegalmente venduto dal tutore, non era stato porto al conto di tutela nel quale il minore, pervenuto alla sua età maggiore, avea approvato in introito il prezzo di questo fondo; ed importanto la legge stessa dichiara che, con quest'approvazione implicita della vendita, il minore si è messo nella impotenza di perseguitare il compratore. Tulden, sul Cod., tit. *si maj. factus alienat. sine decreto ratum habuerit*.

Da ultimo conviene osservare che se la ratifica tacita ha l'effetto di sanare la nullità del contratto fatto nella minor età, non segue perciò che questa ratifica impedirà al minore d'impugnare il contratto in linea di rescissione per causa di quella lesione, che darebbe dritto al maggiore d'impugnare un contratto. Così abbiamo veduto, che per la l. 10, ff. *de rebus eorum qui sub tutela*, la nullità della vendita di un immobile fatta nella minor età

1266. Quando i minori, gl'interdetti o le donne maritate, sono ammessi in tali qualità ad essere restituiti contro le loro obbligazioni, non si può pretendere il rimborso di ciò che loro sia stato pagato in conseguenza di tali obbligazioni nel tempo della minor età, dell'interdizione o del matrimonio, se non quando venga provato che il pagamento fu convertito in loro vantaggio (1).

V. gli art. 1194, 1798, 1862 ll. cc. a 1131 l. di eccez.

---

senza decreto del giudice, era sanata colla ricezione del prezzo di questa vendita nella maggior età. Ciò non pertanto, il minore conservava il dritto di far rescindere la vendita per causa di lesione, secondo la decisione implicita della l. 1, Cod. *si major fact. alienat. sine decr. ratam hab.* Sulla quale legge, la glosa dell'adizione degli Elzevirs osserva, che dopo aver ratificato a questo modo in maggiore età, la vendita fatta illegalmente in minore età, non si può più domandarne la nullità, ma compete l'azione di rescissione per lesione nel prezzo oltre la metà, nè più nè meno che se un minore avesse venduto con tutte le solennità richieste, o che la vendita fosse stata fatta in età maggiore. *Et ita ratihabitio venditionem ipso jure nullam confirmare potuit. . . . . . . Non dico venditionem omnino nullam, jus illud est minoris. Dico me deceptum fuisse ultra dimidium justi pretii, quod cuivis majori licet dicere.* E Perezio, sullo stesso titolo, n. 4, dice la medesima cosa: *nam si minor ignorans se laesum ultra dimidium justi praetii, alienationem ratam habuerit; petere potest, ut quod justo praetio deest, suppleatur, vel res restituatur, cum et eo casu majoribus ultra dimidium laesis succurratur, non obstante quod venditionem approbaverint*, l. 2, Cod. *de resc. vend.*

Voet, tit. *de minor.*, n. 44, con una estesa discussione va più oltre, e porta avviso, che, malgrado la ratifica della nullità, la rescissione per causa di lesione nel prezzo si può domandare per effetto della restituzione in intero *in quadriennium;* val dire, non è la sola lesione *ultra dimidium*, ma la semplice lesione *tanquam minor* può farsi valere; e si poggia sulla l. 3, § 2, ff. *de minoribus*, la quale decide testualmente, che la restituzione in intero contro la qualità di erede presa da un minore, non è meno ammessibile, quantunque, divenuto maggiore, egli abbia ricevuto quel che doveano i debitori, o pagate ciò ch' era dovuto a' creditori della successione. Ma questa legge su cui si fonda Voet non è applicabile alla controversia, perciocchè non à altro oggetto che di decidere, che dal fatto di avere il minore divenuto maggiore ricevuto quel ch' era dovuto dai debitori dell'eredità, non si può desumere di aver egli approvato tacitamente l'accettazione dell'eredità fatta nella minor età; e questa interpetrazione à dato Domat (p. 1, lib. 4, tit. 6, sez. 2, n. 31) alla citata legge, ed invocando la quale dice: « Se un pupillo che nel tempo della sua » minor età si fosse impegnato in un affare che avesse molte conseguenze e circostanze, » come una successione, e poco dopo la sua maggior età ricevesse un pagamento di qual- » che debito di questa successione, sia per prevenir la perdita di questo debito, e per so- » disfarne qualche altro urgente, e domandasse nel tempo stesso di essere restituito, po- » trebb' essere scusato, se le circostanze facessero giudicare che quel che avesse fatto do- » po la sua maggior età non fosse un'approvazione in qualità di erede, ma piuttosto un atto » necessario pel bene dell'eredità ».

Laonde, la ratifica di un atto nullo, importa che il minore si repula di aver contrattato come se fosse maggiore; ma questa ratifica, la quale non vale nè più nè meno che se la vendita fosse stata fatta in età maggiore, non esclude che l'atto potesse esser impugnato per quella lesione che autorizzerebbe il maggiore: qualunque altra eccezione di lesione ammessa per la minor età, viene dalla ratifica respinta. Non si saprebb'intendere come la ratifica che si riporta al contratto primitivo e che irrevocabilmente lo consolida, non avesse la forza di produrre il suo effetto di vincolare il minore in mode da non potersi avvaler più di qualunqu' eccezione derivante dalla minor età.

(1) Nelle pag 448 e 461 n. IV, abbiamo osservato quali sono in generale gli effetti della nullità o della rescissione degli atti. Ma quando la nullità o rescissione deriva dalla incapacità di uno de' contraenti, la restituzione delle cose nel pristino stato importa, che l'incapace è reintegrato ne' suoi dritti; ma la persona ch'è capace non può ripetere dall'incapace ciò che à pagato, altrimenti inutile sarebbe il soccorso della restituzione. Se però quel che si è dato agl'incapaci si è utilmente impiegato, sarebbe stato contrario alla buona fede il non tener conto di quello che si è pagato e convertito in loro vantaggio; perciocchè, se la legge vuole che gl' incapaci non sieno lesi, non vuole però che si arricchissero col danno altrui, l. 206, ff. *de reg. jur.* La disposizione quindi dell' art. in esame è una conseguenza delle

V. gli art. 700, 807, 1071, 1520, 1924.

1267. I maggiori non sono restituiti per causa di lesione se non ne'casi e sotto le condizioni specialmente espresse in queste *leggi civili* (1).

V. gli art. 298, 380 a 384, 432.

1268. Quando si sono osservate le formalità richieste riguardo a' minori o agl'interdetti, sia nell'alienazione degl'immobili, sia in una divisione di eredità, essi sono considerati relativamente a questi atti, come se gli avessero fatti nella maggior età o prima della interdizione (2).

CAPITOLO VI.

Della pruova delle obbligazioni, e di quella del pagamento.

V. gli art. 141 e 142.
V. l'art. 1187.

1269. Colui che domanda l'esecuzione di una obbligazione, dee provarla. Reciprocamente chi pretende di esserne stato liberato, dee giustificare il pagamento, o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione (3).

---

regole di giustizia universale, ed è estratta da varie leggi romane, l. 24, § 4, ff. *de minor.*, l. unic., Cod. *de reput. quae fiunt in judicio in integr. rest. Vedi la pag. 332 in princ.*

Spetta all'altra parte di provare che le somme pagate sieno state convertite in utile della persona incapace, l. 1 e 2, Cod. *si advers. credit.*, e gli autori citati da Voet, til. *de minor.*, n. 13.

(1) Quattro sono le cause per le quali i maggiori possono essere restituiti in intero: 1.° Le violenza; 2.° Il dolo; 3.° L'errore; 4.° La lesione; art. 1063 e 1071. Per quel che riguarda la lesione, i maggiori non sono per tutt'i contratti restituiti, ma solamente ne' casi espressi della legge, negli articoli 700, 807 e 1520.

(2) Le leggi romane, intese a favorir troppo la causa de' minori, ammettevano le restituzione in intero per causa di lesione contro le vendite volontarie fatte in seguito di decreto del magistrato, ed anche contro le vendite giudiziarie che si faceveno a richiesta de' creditori; Cod., tit. *si adversus venditionem*, e tit. *si advers. venditionem pignorum.* (*v. le p. 457 e 460*). Questo sistema inabilitava assolutamente i terzi a contrattare co' minori; e quindi per dritto consuetudinario di Europa non fu ammesso, massime per le vendite giudiziarie che si dovean fare all'asta pubblice ed in seguito de' solenni prescritti dalla legge; e d'altronde, l'interesse de' terzi richiedeva che gli acquisti ritualmente fatti si rendessero irretrattabili. Groenewegen, *de legibus abrogatis*, sul til. del Cod. *si adversus vendit. pignor.*, e sulla l. 13. Cod, *de evict.*; Voet, tit. *de minoribus*, n. 15, 16 e 17.

L'art. in esame si per le alienazioni degl'immobili, che per le divisioni, le quali debbono farsi giudiziariamente, non ammette la restituzione in intero a beneficio del minore per causa di lesione, per eccezione alla regola generale stabilita nell'art. 1259.

Vede inoltre la pag. 460.

(3) Il bisogno delle pruove nell'amministrazione della giustizia nasce dagli angusti limiti che circoscrivono l'intelligenza umana, e la legge non ha potuto lasciare all'arbitrio del giudice l'effetto di regolare i modi di conoscere le verità de' fatti che si allegano in giudizio. *Deus constituit homines judices, ut non judicent per se, sed secundum alligata et probata*, dice sapientemente Baconio *in 4 sentent., distinct. 1, quaest. 3, art. 2, § 4.*—Chiamansi *pruove* in giudizio, quelle maniere regolate dalle leggi per iscoprire e per istabilire con certezza la verità di un fatto: Domat, part. 1, lib. 3, tit. 6, sez. 1, n. 1.

Poichè dalla legge debbon essere regolati i modi di provare in giudizio le convenzioni e gli atti, la legge medesima nel seguente art. 1270 stabilisce cinque modi che in giurisprudenza vengon riconosciuti per provare le convenzioni e gli atti in generale.

È non pertanto pregio del lavoro presentare i principi generali sulle pruove, i quali servono di preliminare alla materia di cui si tratta.

Primo principio.—L'uso delle pruove non riguarda i fatti naturalmente certi, e la cui verità sempre si presume; ma riguarda i fatti incerti, i quali debbono essere provati per produrre il loro effetto in giudizio. Laonde, colui che domanda la successione in virtù di un testamento, non deve provare che il testatore era sano di mente, poichè naturalmente si presume che ognuno abbia la ragione. Domat, lib, 3, tit, 6, sez. 1, n. 5; Toullier, n. 8, n. 12.

Secondo principio.—L'attore deve provare il fatto che serve di base alla sua domanda: *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*, l. 21 ff. *de probat.*—*Actore non pro-*

1279. Le regole che riguardano la pruova per iscritto, la pruova testimo-

---

bante, qui convenitur etsi nihil ipse praestiterit, obtinebit, l. 4, Cod. *de edendo.*; art. 1269. Così, colui che dnmanda il pagamento di cosa, deve documentare l'esistenza del credito.

E, per la stessa ragionn, chi allega fatti i quali servono di fondamento alla sua difesa, deve provarli: *reus in exceptione actor est*, l. 1, ff. *de except.*—*In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse*, l. 19, ff. *de probat.*—*Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur: ita rursum debitor qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet*, l. 1, Cod. *de probat.*; art. 1269.

Terzo principio.—Colui contro il qualo si allega un fatto chn bisogua provare, non è obbligato dal canto suo a provare il contrario: questo principio è una conseguenza del precedente, o dal dritto romano chiaramente esposto. *Frustra veremini, ne ab eo qui lite pulsatur, probatio exigatur*, l. 8, Cod. *de probat.* In conseguenza, se io rispondo a Tizio che mi domanda 100, senza pruova, *nulla vi debbo*; io non debbo fare alcuna pruova, perchè spettava a lui di provare il fattn dell'nsistenza del credito.

E quantunqun il convenuto non fosse obbligato a provare il contrario di quello che assume l'attorn, il qualo non à provato la domanda, pure non gli è vietato di farn questa pruova contraria per mettere in veduta la falsità de' fatti allegati dall' attore: *si quis fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes ... non ab te esse opinor, morem ei geri probandi se ingenuum*, l. 14, ff. *de probat.* Domat, lib. 3, tit. 6, sez. 1. n. 8.

Quarto principio.—Il principin di sopra esposto al numero *secondo*, chn l'attore dnve provare la domanda, ed il reo l'eccezionn, si applica tanto per i fatti *affermativi*, che *negativi*. È a sapersi intanto cho gli antichi glosatori crearono la trivialn massima, *che non si prova una negativa*, massima che prese l'originn da una materiale intelligenza della l. 23, Cod. *de probat.*, così concepita: *actor quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium, non adstringitur: CUM PER RERUM NATURAM FACTUM NEGANTIS PROBATIO NULLA SIT.* Il senso naturale di questa legge è questo: *appartiene a colui che asserisce un fatto il provarlo, e s'egli confessa di non poter eseguire la pruova, la negativa della parte avversa deve bastar sola per farlo riguardare per inesistente. La negazione per conseguenza non è suscettibile di alcuna pruova, CUM PER RERUM NATURAM FACTUM NEGANTIS PROBATIO NULLA SIT.* Ma quando è che per la natura delle cose, il reo convenuto che nega un fatto, non dnve fare alcuna pruova? Lo dice la stessa legge nella prima parte, quando, cioè, l'attore asserisce di non poter fare la pruova del fatto chn servn di base alla domanda, *actor quod asseverat, probare se non posse.*

Nulladimeno i glosatori prendendo letteralmente la seconda partn dolla riferita legge 23, Cod. *de probat.*, stabilirono la regola chn la *negativa non si prova*; ma vednndo che questa massima presa nel senso generale era sovversiva di tutt' i principi sulln pruove, immaginarono tre specie di negative: l'una, *di fatto*; la seconda, *di dritto*; la terza, *di qualità*.

Per ciò che riguarda la negativa *di fatto*, facevano distinzione tra la negativa di un fatto *indefinito*, e quella di un fatto *definito*: consideravasi come *indefinito* il fatto, che non veniva determinato dalle circostanze di tempo e di luogo. Or, eglino dicevano, la negativa di un fattn *indefinito* non si può provare; ma la negativa di un fatto *definito* si deve provare, perchè questa negativa contiene alcuna cosa di positivo. Per esempio, se mi si domanda il pagamento di una obbligazione, la quale sembra essere stata stipulata in talo giorno nd in tale luogo, e che io neghi averla firmata, perocchè in quel giorno medesimo io era ad una gran distanza dal luogo in cui si sostiene che l'atto è stato stipulato; niento impedisce chn io possa faro la pruova della mia negativa, perciocchè la riduco a due circostanze di tempo o di luogo, le quali sono fatti positivi.

La negativa *di dritto*, insegnavano i glosatori, devn provarsi; perciocchè una proposizione con la quale si nega che un atto è legittimo, può n deve provarsi da colui che l'allega. Se uno dico che un testamento è nullo, devn provarlo.

La negativa di *qualità*, o la proposizione con la quale si nega che una persona o una cosa è di tal qualita, è sempre suscettibile di pruova, perchè essa equivale ad un' affermativa. Laondn, si devn provare cho il testatore non è sano di mente, perchè è la stessa cosa che se si affermasse ch' egli à la mentn alienata.

Sonovi su questa materia le famose dissertazioni di Francesco Ercolano o Martino de Fano, intitolato *de negativa probanda*: esse sono inserite nel *tractatus tractatuum*, tom. 4, p. 12 e seg.

Dal fin qui detto si vede bene, che in sostanza i glosatori convenivano che *le negative*

niale, le presunzioni, la confessione della parte, ed il giuramento, sono spiegate nelle seguenti sezioni.

---

debbono provarsi, e la loro distinzione non servì che a creare sottigliezze nella giurisprudenza. Ma i giureconsulti filosofi non mancarono di scagliare tutta la potenza della loro dialettica contro la riferita distinzione, ed è classica la dissertazione di Coccei, intitolata *de directa probatione negativae*. Egli ha dimostrato con solidi argomenti e con i testi di legge i più positivi, che si può provare una negativa anche indefinita, e che colui che stabilisce una domanda sopra una negativa è sempre obbligato a provarla; e se qualche volta non può provarsi una negativa indefinita, ciò dipende da che essa è indefinita, e non già da che è una negativa.

Riteniamo adunque per principio, sotto l'impero del codice, che ogni negativa di fatto, o di dritto, debbe provarsi: Toullier, t. 8, n. 16, 17 e 18. Così, colui che domanda la dichiarazione di assenza di un individuo deve provarlo, *art. 122*; — il padre che nega la paternità del figlio, deve provarlo, *l. 14, ff. e l. 14, Cod. de probat, art. 234*; — il debitore che oppone di non aver firmato il titolo creditorio, perchè era assente, deve provarlo, l. 14, *Cod. de contrah. stipul.*, e § 12, Inst. *de inutil. stipulat*; — l'erede legittimo che attacca la capacità del testatore per non essere stato sano di mente, deve provarlo, l. 5, Cod. *de codicil.*; — chi dice che un atto non è legittimo, deve provarlo, l. 5, § 1, ff. *de probat.*

Quinto principio. — Una presunzione di dritto dispensa colui in favore di chi essa milita, dalla pruova del fatto ch' egli allega, sia come attore, sia come convenuto, *art. 1304 e 1306*. Come conseguenza di questo principio, deve decidersi che ogni uomo essendo presunto innocente, non appartiene ad un figlio diredato di provare che la causa della sua diredazione è ingiusta; spetta al contrario all'erede istituito di far vedere che tal causa è vera, giusta e fondata nelle leggi. Questo stabilisce espressamente la novella *115, cap. 3*; *vedi nel t. 1, nota 2, pag. 413*. — Similmente chi domanda che il suo fondo venga dichiarato libero da una servitù non deve fare alcuna pruova, perchè la libertà de' fondi è presunta; *rem liberam praesumi, etiam extante quasi possessione servitutis*, dice Menochio, *de praesumpt.*, lib. 3, *praesumt*, 89, n. 6: *vedi nel t. 1, p. 232, n. VII.*

È da osservarsi che una presunzione non istabilita dalla legge, può qualche volta dispensare dalla pruova. La legge 25 ff. *de probat.*, ne fornisce un esempio. Se una persona, dice questa legge, avendo fatto un pagamento ad un'altra, pretende di aver pagato per errore una cosa che non era dovuta, e quegli che à ricevuto il pagamento sostiene che gli era ben dovuto ciò che à ricevuto, a chi à fatto il pagamento spetta di provare che à pagato una cosa non dovuta; poichè si presume che niuno sia così inavveduto da pagare ciò che non deve. Ma se colui al quale fosse stato fatto questo pagamento non ne convenisse, e sostenesse di non aver niente ricevuto, mentre fosse provato di avere in realtà ricevuto il pagamento, a lui toccherebbe allora di provare che gli era ben dovuto ciò che avesse ricevuto, poichè la sua mala fede di aver negato il pagamento, lo renderebbe sospetto di avere ricevuto una cosa non dovuta.

Questa decisione approvata da Domat, lib. 3, tit. 6, sez. 4, n. 10, è sembrata a Toullier t. 8, n. 14 alla nota, sì ragionevole, e talmente consentanea allo spirito del codice, che dev' essere ancora osservata, quantunque non vi si trovi formalmente enunciata, come nel dritto romano.

Sesto principio. — Colui il quale possiede legittimamente una cosa, non è tenuto di provare ch'essa gli appartenga; la pruova del contrario ricade sopra colui che pretende spossessarlo. Sentiamo l' imperatore Antonino nel rescritto che forma la l. 2, Cod. *de probat.* Voi potete domandare co' mezzi ordinarî il ricuperamento de' beni che dite appartenervi, *possessiones, quas ad te pertinere dicis, more judiciorum persequere*; imperciocchè non spetta a colui che li possiede a provare la sua proprietà, *non enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere*; e mancando voi di fare la vostra pruova, egli dee rimanere proprietario: *cum te in probatione cessante, dominium apud eum remaneat*. — *In pari causa possessor potior haberi debet*, l. 128 ff. *de reg. jur.* — *Cogi possessorem ab eo qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est*, l. 11, Cod. *de petit. hered.* — Analoghe sono le ll. 24, ff. e alt. Cod. *de rei vindic.*

Settimo principio. — Le pruove debbono essere *pertinenti* e nelle forme legali. Quando un fatto che si vuol provare non è pertinente alla controversia, bene si oppone la massima *frustra probatur, quod probatum non relevet*. Un esempio di questo principio ci fornisce la l. 21 Cod. *de probat.* Colui che pretendesse evincere il compratore di un fondo, credendo esserne il proprietario, perchè gli avesse mutuato il prezzo dell'acquisto, domanderebbe inutilmente di essere ammesso a provare questo fatto; poichè, anche fatta questa pruova, non menerebbe ad alcun risultamento, mentre non acquistasi la proprietà di un fon-

SEZIONE I.

Della pruova per iscritto.

§ I.

Del titolo autentico.

1271. L' *atto autentico* è quello ch' è stato ricevuto da pubblici uffiziali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui l'atto si è steso, e colle solennità richieste (1).

V. gli art. 2009, 2014, ll. cc., e 636 proc. civ.

do da colui che ha somministrato il danaro al compratore.—La pruova debb' inoltre essere nella forma legale, poichè la legge non lascia all' arbitrio del giudice l' uso di tutte le specie di pruove. Così, non tutti i fatti possono provarsi con testimoni, art. 1295; ed i medesimi titoli che si esibiscono in giudizio, debbono essere rivestiti delle solennità (*vedi la pag. 448*) richieste. Domat, parte 1, lib. 3, tit. 6, sez. 1, num. 10, 13 e 14.

Ottavo principio.— La pruova acquistata con gli atti di procedura perenta, non può più farsi valere; art. 494 *proc. civ.* Toullier, t. 8, n. 29; Thomine-desmazures, sull'art. 401, *proc. franc.*

Nono principio (*controvertito*) Forma oggetto di quistione, se le pruove acquistate in una istanza terminata con un giudicato possano essere opposte in un' altra istanza che à un oggetto diverso. La negativa viene insegnata da Toullier, t. 8, n. 29, per arg. dell' art. 494 della *proc. civ.* relative alla procedura perenta. Ma, sino a che voglia limitarsi questa proposizione nel senso che le prove raccolte in una istanza terminata, non possono farsi valere come prove di già accclarate da un giudicato, è questa una proposizione che à fondamento nell' art. 1305; ma, non vediamo la ragione per cui le prove raccolte in una istanza non possano essere opposte come argomento in un' altra, e sulle quali il giudice *ex animi sententia* trarre elementi di convinzione; la pruove raccolta in altra istanza *gravem inducit probationem*: Merlin, quistioni, v. *confession*, § 1.

(1) La parola *istrumento*, presa nel senso generico, significa tutto ciò che à per oggetto d'istruire il giudice, sia con pruova scritturale, che con quella per testimoni: *INSTRUMENTORUM nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur*, l. 1, ff. *de fide instrumentorum*, e l. 99. § 2, ff. *de verb. signif.*—Nel senso specifico dicesi *instrumento* la scrittura destinata a provare un atto: *fiunt scripturae, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem*, l. 4, ff. *de fide instrumentorum*.

Per il che, la scrittura non è in generale sostanziale all' atto, ma serve unicamente a provarne l' esistenza; ammeno che le parti non avessero della scrittura richiesta una condizione per la validità dell' atto; l. 17, Cod. *de fide instrum.*, ed ammeno che la legge non avesse richiesto la scrittura per la pruova legale dell' atto.

Gl' istrumenti sono pubblici o privati. I primi, sono que' che vengon ricevuti dagli uffiziali pubblici destinati dalla legge ad imprimervi l'autenticità; ed i secondi, sono le scritture fatte dalle parti, senza l'intervento del pubblico uffiziale. Propriamente parlando, alle sole scritture pubbliche si dà il nome d'*istrumento*, e puro di *titolo autentico*, cui si riferisce l' art. in esame, e gli altri tre che compongono questa sezione relativa agli *atti autentici*.

Per ben comprendere la natura e gli effetti dell' atto autentico, bisogna percorrere la progressione istorica degl' *Istrumenti* pubblici sì nel dritto romano, che nel dritto patrio antico: Sicchè questa nota merita di esser divisa in 3 §. Nel primo, presenteremo la storia del dritto romano sulla stipulazione degl' istrumenti. Nel secondo, discorreremo degl' istrumenti pubblici secondo l' antico dritto del regno, non esclusi gli atti che agl' istrumenti pubblici erano assimilati. Nel terzo, parleremo della natura dell' atto autentico, secondo il sistema della nuova legislazione.

I.

Storia del dritto romano su' pubblici istrumenti.

1. *Origine degl' istrumenti pubblici.* — In un' epoca in cui la massima buona fede regnava tra i cittadini, la stabilità delle convenzioni riposava più nella loro onestà, che nel vin-

cole della scrittura. Lo stesso sentimento di onestà fece prevalere l' uso ne' primi tempi di Roma, che, per conservare la memoria delle contrattazioni, ogni buon padre di famiglia soleva scrivere ne' registri domestici, *tabulis privatis*, le giornaliere contrattazioni, secondo l' ordine di data: ciò che si direbbe oggi, *libro di debito e di credito*. Era talmente ne' cittadini presunta la buona fede, che questi registri facevan prova in giudizio; e solo i Censori solevano in ogni quinquennio richiedere il giuramento da ciascun padre di famiglia della verità del contenuto in questi registri domestici, affin di allontanare il sospetto della frode. Dionis. Halicar., lib. 4.

Cominciò a mancare negli uomini la buona fede, e ben presto si sentì il bisogno di assicurare con mezzi stabili la prova delle convenzioni; e vi si provvidde in varî modi. Parve espediente il mezzo di depositare il danaro, che devea pagarsi, presso gli *argentari*, detti anche *nummolarii* o *mensarii*, perchè avevano le *tabernae argenteae*, ossia *mensae* (*noi diremmo Banco*) nel foro romano. Si pensò pure a rilasciare, per prova dell' obbligazione, una scrittura privata, la quale si consegnava al creditore, o a maggior garantia si depositava in un pubblico luogo, *apud tabellarios*: o pure, si solevan chiamare de' testimoni per constatare l' esistenza della convenzione. Tutto questo sistema trovasi da Aulo Gellio, lib. 14, cap. 2, espresso in poche e gravi parole: *his tamen cum suis multis Patronis clamitabat, probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis*, EXPENSILATIONE, MENSAE RATIONIBUS, CHIROGRAPHI *exibitione*, TABULARUM OBSIGNATIONE, TESTIUM *intercessione*.

I perturbamenti civili corruppero i costumi, e per conseguente le convenzioni venivano impudentemente violate. Da ciò fu necessità di ricorrere sotto gl' Imperadori ad altri mezzi più potenti per assicurare la pruova e la esecuzione pronta delle convenzioni. Si pensò adunque di affidare la confezione degli atti a pubblici ufficiali rivestiti dalla suprema potestà del carattere d' imprimervi l'autenticità; come pure di affidare la conservazione delle scritture che racchiudevano le convenzioni, anche a pubblici ufficiali. Gli ufficiali pubblici destinati a distendere gl'istrumenti ed i testamenti, ad assicurarne l' autenticità, si dicevano *tabelliones*, i quali dovevano essere periti nelle cose legali, Gotofredo, in novell. 44, cap. I, n. 4, ed in l. 3, Cod. Theodos. *de decurion.*; novella 66, cap. 1; e si chiamavano *tabularii* coloro che gl' istrumenti pubblici conservavano; Gotofredo, in l. 3, Cod. Theodos. *de decurionibus*; Cujacio, sulla l. 13, Cod. *de suscept.*

E qui cade in acconcio di osservare, che i *notarii* de' romani non erano ufficiali pubblici, come lo erano i nostri antichi notaj, e come lo sono i nostri *notaj* di oggi. Si chiamavano da' romani *notarii*, coloro che per segni, *notis*, scrivevano, *notabant*, i detti degli oratori. Di quest' arte, oggi chiamata *Stenografia*, fu inventore TIRONE Liberto di Cicerone, secondo Eusebio *in Chr.*, sebbene Plutarco nella vita di Catone minore la fs rimontare a tempi più antichi. Il mestiere di *notarii* era esercitato da' servi; Cujacio, in l. penult., Cod. *qui potiores in pignore*.

Sicchè per dritto romano si distinguevano, i *tabellioni, i tabulari, i notari*. I tabellioni ed i tabulari erano ufficiali pubblici; i *notarii* erano servi ch' esercitavano un' arte. Ma in Europa a questi vocaboli si attaccò generalmente una diversa significazione. Venivano chiamati *Notari*, i tabellioni de' romani, ed erano ufficiali pubblici destinati a stipulare i pubblici istrumenti; e *Tabulari* si chiamavano gli archivari de' Comuni e delle università. Ascoltiamo il dottissimo Cujacio, sulla l. 15, Cod. *de decur.* lib. 10. *Posterior aetas multa mutavit vocabula.* TABULARII *in libris nostris sunt qui civitatum, aut provinciarum chartas et rationes tractant, atque supputant, qui praesunt tabulario civitatum; in quo pleraque publica, et privatorum recenduntur.* E Vicat, v. *notarii* riferisce come sotto la voce di *Tabelliones* in Europa si designavano i pubblici ufficiali che aveano potestà di stipulare gl'istrumenti ed i testamenti.

II. *Formalità richieste dal dritto romano per l' autenticità degli istrumenti.*— Queste formalità si possono ridurre a due.

1.° Che l' istrumento doveasi dal Tabellione scrivere nel *protocollo*, novella 44 c. ult. Ma che cosa era il protocollo, *protocollum*, de' romani? Era una specie di carta, cui trovavasi annotato il nome del Console, la data ed il luogo in cui era fatta, per impedire la falsità dell'atto. Ascoltiamo Cujacio, su detta novella. PROTOCOLLUM *quid est? Alius majorem et Regiam cartam interpretatur, alius schedam negligentius scriptam, alius exemplar formularum, quo Tabelliones uti solent: Omnes errant vehementer. Ut hodie chartae habent notam aliquam, ex qua dignoscitur quis eam chartam praeparaverit, ita habebant olim chartae brevem adnotationem, quae declarabat quo Comite largitionum (sub ejus cura erant chartariae) quo tempore, et a quo praeparatae fuissent chartae: ex eo coarguebatur, saepe falsitas; sicuti Lutetiae audivi accidisse, ut Senatus suspectum chirogra-*

phum ex die in eo adscripta, quo nondum ejus notae charta ulla erat in rerum natura, certissima argumento quasi falsum improbaret. Et hac ratione Iustinianus noa vult in chartis abscindi protocolla.. Ved. la pag. seguente su'oostri pratocolli antichi.

2.° Che due testimoni doveano essero presenti all'atto, e o'erano richiesti tre, se la coovenziono oltrepassava uaa libbra d'oro, oovel. 73, eap. 8. Non si spiega con chiarezza questa novella, so i testimoni doveano sottoscrivere l'atto, o pure bastava la loro presenza. Ecco cho ne dico Cujacio, so d. novella. *Firmissimum autem est* (*instrumentum*) *quod trium testium praesentia vel subscriptione confirmetur, licet comparatione literarum non confirmatur; cum et sine chirogropho tres testee sufficiant Et ita firmissimum quoque est forense instrumentum, quod tabellionis mandato amanuensis ejus scripsit, et complevit, vel scripsit tantum, tertia persona veluti argentario adnumerante pecuniam; nam hi tres, tabellio, amanuensis, argentarius pro tribus testibus habentur; et si consentiant horum testimonia, constat fidee rei gestae satis etiam sine scriptura. Sed si nullus intervenerit amanuensis vel argentorius, praeter tabellionem duorum vel trium testium praesentiam, aut subscriptionem desidero ex sententia hujus uovellae. Quid igitur? Tabellionis solius fides non sufficit: forense instrumentum publicum testimonium non habet? Ita videtur; hoc jure censetur id solum, quod actis insinuatum est apud Magistrum census, vel Magistratus municipales, vel Defensores plebis. Strinxi breviter sententiam hujue novellae, et dilucidius tamen forte quam in Nov. 49. Id non est amittendum, hanc in iis tantum instrumentis diligentiam exigi, quae in urbibus fiunt, et quae superant libram auri, non in iis, quae ruri fiunt, nam et in testamentis, quae ruri fiunt diligens observatio remittitur*, l. ult. Cod. de testamentis. *Sed et majorem exigit in chirographis, quae excedunt quinquaginta libras auri*, l. ult. Cod. si cert. pet., *nam sub scriptionem exigit trium testium, nec contenta est praesentia, qua haec novella tamen omni in summa videtur esse contenta.*

III. *Se gl'istrumenti pubblici aveano per dritto romano l'esecuzione parata.* — I nostri prammatici sostenevaoo che per dritto romano gl'istrumenti pubblici oon portavaoo l'esecuzione parata. *Instrumentum de* JURE COMUNI *non habet executionem paratam*, dicea il Presideote de Franchis, *decis.* 118, n. 5; o la stessa idoa trovasi espressa in Rovito, *in rubric. tit. de instrument. liquid.* Ma contro questa dottrioa de'prammatici (*la quale per altra era pur quella di Cujacio*, sul Cod., tit. DE EXECUT. REI JUDIC.) elevò la sua voce Rapolla *de jure regni*, p. 1, lib. 5, cap. 5, il qualo con vigorosi argomenti à dimostrato che appunto dal dritto romaao la giureprudeoza del regno estrasse i principi sulla esecuzione parata degli strumeoti pubblici. Vedi la pag. 473 in princ., e la nota all'art. 1273.

II.

Delle solennità richieste per le antiche leggi del regno per la validità de' pubblici istrumenti; dell'obbligo PENES ACTA, *e dell'* APOCA BANCALE.

I. *Solennità de' pubblici istrumenti.* — Il dritto di rivestire i pubblici uffiziali dolla capacità d'imprimore agli atti l'autenticità, è uoa regalia. I Sovraoi del nostro regno, aoche in tempi poco folici e oe' quali la feodalità estendova il suo potero in pregiudizio della real giurisdizione, furooo forti nel decrotare, cha l'autenticità degli atti non poteva emanare, cho da' *Notai* di nomina regia; così cho scrisse Andrea d'Isernia, *in cap. imperiale de prohibita feudi alienat.*, cosi: *creari Notarios esse de Regalibus, ita ut ad Barones non pertineat, nisi specialiter concedatur, quod tamen numquam solet conceedi.* E sia detto a gloria del nostro paese, i legislatori, a cominciare da Ruggiero sino agli ultimi tempi del Regno di Ferdinando IV, furooo sempre mai intesi a dettare savie disposiziooi concernooti il personale dol Notariato, le garantie accordate a' cittadini contro questi pubblici fuozionari che abusassero del loro ministero, o le forme perchè no atto potesse coosiderarsi come autentico. Sicchè, la progressiooo istorica sul *notoriato* è una delle parti più bello ooo diremo della nostra aotica legislazione, ma di quelle di Europa. Vedi le Constituzioni tit. *Bajulos et omnes judices*; — *tit. de judicib., notariis, et eorum num.*; — *tit. instrument. robur*; — tit. *de honore militari judicis et notarii*; — tit. *consuetudinem*; — tit. *de feriis et calariis judicum et notariorum.* — Capitolo 289; — Prammatiche, sotto i tit. *de notariis*, tit. *de contractibus*; tit. *instrum. liquid.*

Nè il solo Notajo era l'uffiziale pubblico adoperato dalla legge per rendere so'enoo un pobblico istrumento: per noa inveterata coosoetudine dol regno provalso l'uso che un giudiee dovea poro interveoiro aell'atto. E siecomo questo giudice era privo di ogni giurisdizione, ed era solo adoperato ne' contratti, presso di noi si chiamava *judex ad* CONTRAC-

rus; o *judex* CHARTOLARIUS, quasi il suo officio era soltanto di assistere alle carte ed alle pubbliche scritture; val dire, giudice costituito a perfezionare i contratti, ed il quale era di nomina regia, secondo la prammatica 2 *de contractibus*. Rovito su d. prammatica sostenne che la origine di questo giudice *ad contractus* è nel dritto romano; ma altri scrittori insegnarono di essersi introdotti per inveterata consuetudine; mentre nella pratica avveniva che l'intervento di questi giudici aveva luogo *pro forma* negli atti, essendo bene spesso ignoranti, nè curavano di conoscere le parti ed il contenuto negli atti. Rapolla, *de jure regni*, lib. 3, cap. 5, n. 6, e lib. 5, cap. 3.

Ritenuto che negl'istrumenti pubblici era richiesto l'intervento simultaneo del Notajo e del giudice *ad contractus*, giova osservare che per una inveterata consuetudine prevalse in Napoli l'uso che il notajo il quale trovavasi rivestito della qualità di *giudice a' contratti*, poteva nello stesso atto cumulare le due funzioni. Rovito, sulla pramm. 2 *de contractibus*, n. 7.

Passiamo a vedere quali formalità si richiedevano per l'autenticità degl'istromenti.

1.° Che gl'istrumenti dovevano trascriversi nel *protocollo*. Abbiamo veduto nella pag. 470, n. 11, che cosa dinotava questa voce per dritto romano. Posteriormente il protocollo dinotava il registro degli atti pubblici, *vedi Cangio, voce* PROTOCOLLUM; e nel nostro regno significava il libro originale ed autentico nel quale i notai erano tenuti di trascrivere gl'istrumenti che faceano, *pramm. 2 de' notariis*. Sotto gli Angioini i *protocolli* si chiamavano *Schedae* o *Sedes*: Chiarito, sulla constit. *intrum. robur*, p. 2, cap. 4; Rapolla, *de jure regni*, lib. 3, cap. 5, n. 14, e lib. 5, cap. 4, n. 5.

2.° Che per la costituzione di Federico, *Bajulos et omnes judices*, i notai eran fra otto giorni tenuti di scrivere o sottoscrivere gl'istrumenti per la confezione de' quali era stato richiesto il loro ministero, sotto pena pecuniaria. Da potenti considerazioni fu dettata questa costituzione; perciocchè con l'elasso del tempo potendo avvenire la morte del notajo, del giudice, o de' testimoni, veniva a diminuire la fede della convenzione. Rallentata la disciplina, cadde in qualche desuetudine siffatta costituzione, fino a che Ferdinando d'Aragona con la prammatica 3 *de notariis* (la quale ebbe pur bisogno di essere confermata *pram. 13 eod.*) la richiamò in vigore, ed aggiunse che fra otto giorni, benchè l'istrumento fosse scritto e firmato in altra carta, si riportasse nel protocollo, ciò che si diceva *reassumtio instrumenti*; e da Rapolla *de jure regni*, lib. 5, cap. 4, n. 7, le parole *reassumtio instrumenti* vengon spiegate, *quasi translatio de simplici charta in codicem originalem, sive protochollum*.

3.° Che per viemaggiormente assicurare la conservazione e l'autenticità de' protocolli, lo stesso Re Ferdinando con la citata prammatica prescrisse, che in ogni trimestre dovea depositarsi un estratto del protocollo, in Napoli nel pubblico Archivio, e nelle province nel luogo di deposito de' pubblici atti; ma questa prammatica non ricevova la sua esecuzione, come ci attesta il reggente Tapia su detta prammatica: *hoc*, egli dice, *hodie non servatur, qui hoc Archivium nunquam fuit confectum; imo tempore illustrissimi Comitis de Lemos Regni Proregis fuit iterum tractatum de hoc Archivio conficiendo; et quia haec fidelissima civitas variis ex causis contradixit, non fuit ad actum deductum.*

4.° Che negl'istrumenti doveano intervenire per l'autenticità, oltre del notajo e del giudice a' contratti, due testimoni *bonae et probatae opinionis*, se la convenzione non oltrepassava il valore di una libra d'oro, cioè ducati 72; e se oltrepassava questa somma, tre testimoni eran richiesti nell'atto, giusta la costituzione, *instrum. robur*, consona alla novella 73, cap. 8 e ult. di sopra (*pag. 471 in princ.*) rammentata. Se i testimoni non sapevano sottoscrivere, potevano per consuetudine apporre il segno di croce, siccome avverte Andrea d'Isernia su detta costituzione. Imperciocchè le tenebre che coprirono l'impero di occidente operaron tanto che rara era la scrittura, e sventuratamente anche gli uomini costituiti in dignità non sapevano sottoscrivere. Da ciò avveniva che negli atti i nomi de' testimoni o delle parti erano scritti dal Notaio che attestava il segno di croce de' medesimi. Quindi i testimoni erano *dicti* non *subscripti*. Mabillon, *de re diplomatica, lib. 2, cap. 22.*

5.° Che le copie degli atti rilasciati da' notai non erano autentiche, se non vi era impresso il marchio del sigillo detto *tabellionato*. *Sigillorum usus* (dice Mabillon *de re diplomatica*, lib. 2, cap. 14) *inventus est ad faciendam fidem, et ad praestandam rebus scriptisque auctoritatem. Cum enim signa manus ductibus efformata facile ob aliis effingi et supponi queant; insculptae est sigillis tessera seu effigies, quae non nisi operose a falsariis confingi potuissent.* — Quindi il lodato erudito discorre de' sigilli che erano propri non solo de' Re, de' Pontefici, de' Vescovi, degli Abbati, delle Abbadesse; ma anche di que' de' Notai destina-

ti ad attribuire l'autenticità agli atti; e como la mancanza dol sigillo faceva dubitare dell'autenticità dell'atto.

Forza esecutiva degl' *istrumenti detti* GUARENTIGIATI.—Non tutti gl'istrumeeti pubblici importavano *l'esecuzione parata*, della cui origine si è discorso nella pag.471; ma que' solamente che da' forensi erano detti *guarentigiati*. La parola *guarentigiata* è di origine barbara, ed à presentato agli eruditi materia di discettazioni. Ne' libri feudali si legge *guarentare*, quale parola viene illustrata dall' eruditissimo Hothomanus *de verb. feud.* così: *Guarentare vel est, ut in aliis libris, guarentisare, pro causam alterius suscipere, defensorem se profiteri. Priscum francorum verbum, quod in Francogalliam invectum est* GUARENT, *quo significatur is, qui latinis* AUCTOR *dicitur, et* EVICTIONEM *praestat lib.* 2, *feud. tit.* 34, § 2. *In Lombardis tamen lib.* 2, *tit.* 36, *de evictione latine adpellatur* AUCTOR.

Non dissente da questa opinione Cujacio lib. 4, *feud. tit. de lege Corradi*. Quindi la parola *guarentare* è antica do' Francesi, e significa quello che da' latini si dice *Auctor*, prestare la evizione; donde la parola francese *garant*, latina *fidejussor*, italiana *garante*. Imperciocchè, siccome tutte le obbligazioni nelle quali interviene la fidejussione, vengono maggiormente assicurate, così è a credersi che ne' tempi barbari l'istrumento solenne, nel quale le formalità prescritte venivano osservate, fosse chiamato *garentigiatum*, cioè, fermo ed atto a far piena pruova in giudizio ed a ottenere la esecuzione parata.

Or i nostri prammatici facevano consistere la *guarentigia* nell' istrumento, in quelle parole che il Notajo scriveva per conchiusione dell'atto: *Pro quibus omnibus osservandis, dictus T.* (cioè l'obbligato) *obbligavit se, haeredes et bona omnia, et sub poena et ad poenam dupli, et juravit*. La *guarentigia* quindi si reputava consistere nella *pena* e nel *giuramento*, che nella rapportata conchiusione dell' istrumento si scrivevano; e da' dottori ciò si appellava *precetto del giudice cartolario*, il quale imponeva quella pena o faceva giurare il debitore per l' osservanza dell' istrumento: de Mariels, lib. 1, *resol.* 73, *n.* 3; Ricci, *prax. civ.*, tom. e, cap. 6, *de quinta requisit. guarantig.* n. 3.—Le osservazione critiche sa' prammatici, in questa materia, possono vedersi in Rapolla, *de jure regni*, part. 1, lib. 5, cap. 5.

IV. *Giurisprudenza della Corte Suprema di Giustizia sugli effetti degl' istrumenti antichi non protocollati*. Con arresto del dì 25 giugno 1836, la Corte Suprema stabilì la seguente massima su questo grave articolo di dritto. Ecco le parole dell' arresto.

« Se offra materia a censura della impugnata decisione il *difetto delle forme* nell' atto ritenuto per autentico del 20 aprile 1803.

» La Corte Suprema osserva che non si contende tra le parti di ciò, che non sia protocollato l'atto del 20 aprile 1803—che non sia l'originale esistente in minuta — e che sia sfornito delle soscrizioni delle parti, del giudice a contratti, e de' testimoni:

» Che in tali circostanze non è tanto da disprezzarsi la disputa elevata fin nel primo grado di giurisdizione, sia sull' *incertezza* del contratto, sia su quella del carattere di *autenticità*, che non può non essere confidato alle *forme*.

» Che la disputa istessa apre l'adito ad un'altra anche più importante discettazione; se cioè il patto di *futura successione* potesse sostenersi fuori del *titolo autentico*.

» E che una materia di tanta importanza è stata superficialmente discussa da' giudici del merito, fuori della sede di un'appesita quistione; e sul nudo concetto dell'uso di quell'epoca anteriore al rigore della prammatica del 1804, uso che riteneva sufficiente la fede del Tabellione nella espressione, *praesentibus opportunis*.

» Osserva che la *costumanza*, cui sonosi appigliati i giudici del merito, prende capo dall'esistenza del *protocollo*:

» Che in esso era dato di conservarsi soltanto di carattere del Tabellione la memoria delle persone intervenute nell'atto:

» Che quindi nelle copie, che si estraevano dal *protocollo*, diveniva superflua la stessa memoria, la quale rimaneva supplita dalla generica menzione della presenza delle persone chiamate dalla legge a stabilire le forme:

» Che però in mancanza dell' *inserzione dell' atto nel protocollo*, la quistione si presenta sotto un aspetto diverso — quello cioè di doversi vagliare la fede dovuta all'originale esistente *in minuta*, riguardato sotto il doppio rapporto del *contratto* cioè, e del *carattere di autenticità* dell' atto, il quale confidato alle *forme* potrebbe non esistere in mancanza di esse.

» Osserva che, riguardato l'originale dell'atto nella sua minuta, esso si trova sfornito delle *soscrizioni* delle parti, del *giudice* e de' *testimoni*;

» Che tale soscrizione era ricercata una volta da nostra legge statuaria, val dire dalla

nota costituzione di Federico *Instrumentorum robur*, nelle parole *testes probatae fidei, praeter judicem et Notarium in eodem instrumento subscribant.*

» Che quella legge era insuperabile, anche valutata la sua eccezione, che permetteva i testimoni analfabeti ne'luoghi ove fosse stata impossibile di rinvenirne letterati:

» Che nel caso della regola, la inosservanza di essa produceva nullità. — *Contra praedictam autem formam instrumenta confecta, in posterum nullam habent firmitatem,*

» E che, data la mancanza del protocollo, al quale solo indi fu data dalla legislazione delle prammatiche, di rimpiazzare le antiche forme, non è agevole di stabilire che l'originale rimasto in minuta meritasse di essere rispettato, ancorchè sfornito delle soscrizioni imposte a pena di nullità dalla costituzione federiciana:

» Osserva che se i nostri scrittori sogliono riconoscere qualche contraria usanza nell'intervallo tra la costituzione e le prammatiche, pur non lasciano di convenire che la introduzione del protocollo ebbe per iscopo di accorrere agli abusi contra le leggi. Rapolla, *de jure regni*, p. 1, lib. 5, cap. 4.

» Che quindi le prammatiche distrussero cotesti abusi. E che dopo di esse ogni *mancanza di protocollo*, non inducendo la nullità, involve per lo meno, rispetto agli *originali esistenti in minuta*, la osservanza esatta delle *forme* stabilite nelle antiche leggi — altrimenti contra la intenzione manifesta del legislatore i giudici si arbitrerebbero a rispettare una moltiplicata rilasciatezza.

» Osserva ch'è tanto più erroneo di confondere le rilasciatezze precedenti alla instituzione del protocollo, relative alle soscrizioni con le negligenze posteriori, in quanto il ritorno delle lettere ha fatto cessare i pretesti intorno alla possibile mancanza de' testimoni scribendi.

» Che in fatti a tale pretesto era da attribuirsi la prava usanza delle *minute sfornite di soscrizioni*, giusta la eccezione compresa nella costituzione di Federico;

» E che allo stesso principio era da attribuirsi la disposizione di Giustiniano nella nota nov. 73, ove si vede usata la disgiuntiva *praesentia, vel subscriptione;* la quale alternativa, nel rinascimento del dritto romano, era servita di appoggio a' costumi che aveano corrotto la mentovata costituzione.

» Osserva in fine che, anche quando si tolleravano le usanze più divergenti dalle leggi scritte, quando si soffrivano le negligenze de' notaj nel ritardo e nella mancanza assoluta della *protocollazione*, pure nel foro i titoli così conservati in minuta non erano *esecutivamente rispettati*; soggiacevano alla istruzione piena del *termine ordinario*; cessavano di essere *pruova provata*; e le cose in esso contenute doveano essere consolidate da *pruove giudiziarie*. Tanto è lontano che tutto questo possa dirsi rimpiazzato da una sterile *istruzione per iscritto del novello rito*.

» Per tali motivi, *annulla*. — (Causa *Milizia* e *Capone*).

IV. *Dell'*APOCA BANCALE *e dell'abbligo* PENES ACTA, *altre specie di scritture assimilate per consuetudine ricevuta nel regno a pubblici istrumenti* — S'introdusse ne' nostri costumi l'obbligazione detta *penes acta*, e l'*apoca bancale*, scritture che aveano le medesime garantie de' pubblici istrumenti. L'obbliga *penes acta* era così detto, perchè il debitore confessava la sua promessa o il debito dinanzi all'attuario, o al Mastrodatti, *actorum magister*: all'atto così compilato si dava pronta esecuzione, *rit.* 128 e pramm. 9, *de actuariis*. — L'*apoca bancale* poi consisteva nel mandato che il debitore faceva al Banco di pagare una certa somma al creditore — Sulla origine, progressione istorica e condizioni richieste per la validità dell'obbligazione *penes acta*, non che dell'*apoca bancale*, vedi Rapolla, *de jure regni*, part. 2, lib. 3, cap. 7, n. 4 a 6, e part. 1, lib. 5, cap. 6; Valletta, *leggi del regno*, parte 2, cap. 5, § 12 e 14.

III.

Disamina degli atti autentici, secondo le disposizioni del codice in vigore; e sviluppamento della legislazione sul notariato.

I. *Definizione dell'atto autentico* — Da quello che abbiamo detto nel precedente §, s'intende bene la definizione che l'art. 1271 dà dell'atto *autentico*, e che corrisponde alle antiche idee su' pubblici istrumenti. Perchè un atto sia autentico è primieramente necessario che derivi da un uffiziale pubblico che abbia avuto qualità per attestarlo, e che questo atto sia stato di sua competenza. Si richiede inoltre l'osservanza delle solennità prescritte dalle leggi del luogo perchè l'atto autentico sia valido (*v. la pag.* 44a *in fin.*), poichè è al-

lora che può dirsi l'atto autentico accompagnato da tutt'i distintivi prescritti dalla legge, e meritevole di essergli prestata fede dovunque se ne voglia far uso.

II. *Gli uffiziali pubblici che hanno qualità per rendere autentico un atto sono i notaj.* — I notaj istrumentavano anticamente i pubblici atti, ed anche nella moderna organizzazione civile ha il legislatore considerato il notariato come una professione utilissima per la società. « Vi sono poche funzioni più importanti che quelle di Notajo. Depositari de' più » grandi interessi, regolatori delle volontà de' contraenti, quando essi sembrano non esser» ne che gli estensori; interpetri delle leggi che l'artifizio, la mala fede e combinazioni » di orgoglio, tendono sempre ad eludere, i notai esercitano una specie di giudicatura tan» to più dolce, quanto essa non apparisce quasi mai, o non apparisce che lusingando gl'in» teressi delle due parti. Ciò ch'essi scrivono, forma legge pe' contraenti; e se siffatte leg» gi particolari sono in armonia con le leggi generali, e non offendono i costumi e l'one» stà pubblica, questo gran bene è la loro opera ». — Così si espresse in Francia l'oratore del Tribunato sig. Favard, nella esposizione della legge del 25 ventoso anno XI *sull'organizzazione del notariato.*

III. *Leggi presso di noi pubblicate sul notariato, sotto l'impero della nuova legislazione, per la parte che riguarda gli atti notariali.* — Co' decreti de' 3 gennajo, 27 marzo e 3 maggio 1809 si organizzò il notariato, e si dettero le disposizioni relative alla tariffa degli onorarii de' notai, a repertorii notariali, ed al deposito in contante, che i notai erano obbligati a fare sul Banco delle due Sicilie, versando il danaro nella cassa di Ammortizzazione. — In seguito furono emesse le istruzioni stampate del Ministero di grazia e giustizia, senza data.

Con i decreti de' 4 gennajo, 2 maggio, 9 luglio, 6 agosto, 3 settembre 1810 furono fissati i soldi de' cancellieri degli archivi notariali, i dritti spettanti a' notai certificatori, vennero dichiarati validi gli atti notariali già stipulati, e fu determinata l'epoca dell'attivazione del regolamento notariale.

Co' decreti del 14 febbraio, de' 22 aprile, de' 19 maggio, de' 17 e de' 22 agosto de' 24 ottobre e del 5 dicembre 1811 si stabilirono i dritti degli atti in brevetto; si proibì di potersi oppignorare e vendere le schede de' notari esercenti; si emisero altre determinazioni relativamente a' notai; si dettero le norme per la spedizione in forma esecutiva delle copie degli antichi istrumenti; venne prorogata la formazione degli elenchi; si stabilì la ritenzione del 2 e mezzo per cento su' soldi degl' impiegati delle camere notariali, si autorizzarono le corti di appello a diminuire le multe contro i notai, che ritardavano la formazione degli elenchi; venne aumentato il numero de' componenti la camera notariale di di Napoli, e furono precisate le attribuzioni de' notai certificatori.

Co' decreti del 9 gennaio e 5 giugno 1812 si diedero alcune provvidenze relativamente alla presentazione de' protocolli e degli elenchi.

Co' decreti de' 22 luglio e de' 27 agosto 1813 venne incaricata l'amministrazione del registro e bollo di liquidare i conti de' Cancellieri delle camere notariali e l'avanzo della cosa da versarsi sul tesoro, e fu ordinato doversi tutti gli atti e contratti rogati da' notai scrivere ne' repertori notariali.

Co' pareri del Consiglio di Stato de' 26 febbrajo e 13 luglio 1814 fu ordinato doversi le sentenze ordinanti multe contro i notai e gli atti di coazione registrare a credito.

Co' decreti de' 20 dicembre 1815, de' 24 febbrajo e 8 giugno 1818, de' 20 luglio, 23, 25 agosto, e 21 settembre 1819 fu stabilita la norma per far le copie degli atti pubblici solennizzati nel decennio; furono nominati i notai aggiunti in ogni camera notariale; fu imposto doversi fare la specifica de' dritti, che si esigono da' notai, in piedi degli atti notariali; si abolì l'ufizio di protonotariato in Sicilia, s'indicarono i dritti che spettano a' notai adoperati come periti in Sicilia; si determinò di dover continuare provvisoriamente in quei domini ad aver vigore le leggi e le disposizioni sul regime notariale, ch' erano in osservanza; fu statuito il modo, onde porsi in forma esecutiva gli antichi istrumenti negli stessi domini al di là del faro.

In fine tutte queste disposizioni sono fuse nella legge ultima *sul notariato de' 23 novembre 1819,* messa in esecuzione nel 1 gennajo 1820, ne' domini continentali, giusta la detta legge, e nel 1 maggio dello stesso anno nella Sicilia, come dispose il decreto del 7 dicembre 1819.

Con decreto de' 18 luglio 1827 si accordò una sanatoria in conformità di quanto fu disposto col decreto de' 6 agosto 1810 agli atti tra vivi e di ultima volontà, rogati da' notai in Sicilia dal 16 agosto a tutto marzo 1821 per difetti di forma derivanti dalla inosservanza delle disposizioni delle leggi civili e della legge sul notariato.

Da ultimo col decreto de' 12 settembre 1828 si riformarono della legge sul notariato de' 23 novembre 1819, le disposizioni contenute negli art. 23, 25, 26, 27, 30, 79 e 80.

IV. *Del carattere e delle funzioni de' notai come pubblici uffiziali.*—Il titolo di funzionari pubblici è accordato a'notai dall'art. 1 della legge de' 23 novembre 1819 sul notariato. Siffatta qualificazione risulta dalla natura delle loro funzioni, poichè essi sono soli incaricati, secondo lo stesso articolo, di autenticare le convenzioni, di certificarne la data, e di dar loro, ricevendole, il carattere e la forza dell'esecuzione parata, quando le parti *debbono* o *vogliono farlo.*—Queste espressioni *debbono* e *vogliono*, impiegate dalla legge, sono rimarchevoli. La prima si applica agli atti i quali non sono validi che per quanto sieno stipulati in una forma autentica; e noi abbiamo nel tom. 1, pag. 416, in fin., presentato i casi indicati dalla legge, perchè gli atti, capaci a produrre effetti, debbono essere redatti in forma autentica. — E quanto alla voce *vogliono*, di cui si serve il detto art. 1 della legge *sul notariato*, essa intende comprendere con ciò tutti gli atti che possono essere fatti per iscrittura privata, ma a' quali le parti vogliono dare il carattere di autenticità annessa agli atti pubblici. Non v'à che i notai, i quali possano, in questo caso, conferir loro cotesto carattere, è ad essi che le parti debbono necessariamente indirigersi.—Laonde, quante volte un atto debbe avere la forma autentica, sia per la volontà della legge, sia per la volontà delle sole parti contraenti, il notaio è solo incaricato di riceverlo. E questa una attribuzione speciale che gli dà la legge, e che non potrebb' essere esercitata da alcun altro funzionario.

Ma l'atto, cui il solo notaio può imprimere l'autenticità, per dirsi autentico, dev'essere rivestito delle solennità volute dalla legge, dice l'art. 1271. Imperciocchè la sola legge può determinare le solennità di un atto (*ved. la pag. 440*), nè l'inosservanza di ogni specie di solennità mena alla nullità dell'atto siccome abbiamo dimostrato nella pag. 445. Sicchè è forza presentare in iscorcio le solennità volute dalla legge, negli atti autentici. Per ciò che riguarda poi le solennità speciali a'testamenti, ne abbiamo diffusamente discorso nelle osservazioni agli art. 896 a 906, e 927.

Le solennità adunque degli atti autentici, sono le seguenti:

1.° Il notajo non può stipulare atti fuori della provincia o valle, sotto pena di nullità dell'atto, di danni-interessi e sospensione: *art. 6, 26 della legge sul notariato de' 23 novembre 1819, e n. 4 del decreto de' 12 settembre 1828.*—Ogni giurisdizione è territoriale, l. 2, ff. *de jurisdic.*, ed in ogni tempo l' esercizio del notariato è stato circoscritto in limiti territoriali, fuori de' quali il notajo non ha più carattere, non è che un uomo privato.

2.° Dopo pubblicata la traslocazione ad altra provincia di un notaio, questi non può ricevere atti nel luogo della sua prima residenza, sotto pena di nullità degli atti, di risarcimento di danni, di sospenzione e di destituzione in caso di recidiva: *art. 28 della cit. leg. sul notariato.*

3.° Il notaio non può proseguire nell'esercizio delle sue funzioni dopo la sospenzione, inabilitazione, rinuncia, e dopo di aver accettato impiego incompatibile colla carica di notaio; sotto pena di nullità dell'atto, di rifacimento di danni, e del secondo al terzo grado di prigionia: *art. 28 della cit. legge sul* notariato, ed art. *164 leg. pen.*

4.° Il notajo non può ricevere atti proibiti dalla legge, come quelli enunciati negli art. 1078, 1932, 1804, 1349, e 1442 ll. cc.; sotto pena di sospenzione non minore di un mese, nè maggiore di sei: *art. 6 e 11 della cit. legge sul notariato. Vedi la nota 3, p. 233 e nota 1, p. 240.*

5.° Il notaio non può stipulare atti in cui sieno parti o egli stesso o alcuno de' suoi congiunti o affini così in linea retta in qualunque grado, come in linea collaterale sino al terzo grado inclusivamente. Gli è proibito ancora di ricevere disposizioni a favore suo o di dette persone, salvo se la disposizione si trovi in un atto di ultima volontà non scritto dal notajo ed a lui consegnato chiuso; sotto pena di nullità dell'atto, di sospenzione di sei mesi a due anni, e di destituzione in caso di recidiva: *art. 6, 28 della legge sul notariato, e n. 3 del decr. de' 12 settembre 1828.* — Se quindi un notaio essendo incaricato da un tribunale di vendere gl'immobili di una eredità, se ne rendesse aggiudicatario sotto il nome di persona interposta, oltre la nullità dell'atto, incorrerebbe nella pena pronunziata dall'art. 213, *leg. pen.* Toullier, t. 8, n. 73.

6. Il notaio non può stipulare atti senza l'assistenza di altro notaio, o in mancanza di questo, senza l'assistenza di due testimoni, che sieno sudditi del Re, di età maggiore, scribenti (*eccez. nell'art. 900 leg. civ.*), conoscenti delle parti, e domiciliati nel distretto del comune ove l'atto è rogato; sotto pena di nullità, sospenzione di due mesi a due anni, e di destituzione in caso di recidiva: *art. 9, 26 della det. leg. sul notariato, e n. 3 del*

decreto de' 12 settembre 1828. — Nella nota 1 pag. 27 e seg., e pag. 42, abbiamo sviluppato la teorica sulla capacità de' testimoni.

Sulla quistione se i testimoni o il secondo notaio possono essere processati come falsari quando sottoscrivono un atto cui non sono intervenuti, vedi Toullier, t. 8, n. 74 a 79, e l'addizione al t. 13 della 4 ediz. di Parigi.

7. Due notai congiunti o affini tra loro così in linea retta in qualunque grado, come in linea collaterale sino al terzo grado inclusivamente non possono ricevere un atto medesimo.—Non possono essere testimoni i congiunti ed affini ne' gradi suddetti sì de' notai che delle parti, gli ajutanti del notaio, e le persone addetti al servizio tanto del notaio, quanto delle parti; sotto pena di nullità, di sospenzione e destituzione: *art. 10, 26 della det. leg. sul notariato, e n. 3 del decreto del 12 settembre 1828.*—La teorica sulla capacità de' testimoni istrumentari è stata sviluppata nella nota 1, pag. 27 e seg., e pag. 42.

8. L'istrumento deve contenere la data *(ved. la p. 13 in fin.)* e l' indicazione del luogo ov'è seguito il rogito, sotto pena di nullità dell'atto: *art. 13 e 27 della det. leg. sul notariato*, e n. 4 *del decreto de' 12 settembre 1828.*—Sull'etimologia della parola *data*, vedi la pag. 13 in fine. Gli errori o le omissioni evidenti, commessi per inavvertenza, anche nella data degli atti, non bastano per farli annullare, l. 92, ff. *de reg. jur.*, riferita nella nota 2, in fine, p. 265; e Toullier, t. 8, n. 83.

9. La celebrazione degl' istrumenti ricevuti da un notaio deve farsi alla presenza delle parti e di due testimoni idonei; deve farsi nell'atto menzione della lettura, dev'essere sottoscritto dalle parti, da' testimoni, e dal notaio, il quale deve nell'atto notare la qualificazione di notaio, ed il nome del comune in cui risiede. Se l' atto è ricevuto da due notai sottoscrivono entrambi. Il tutto sotto pena di nullità, oltre la sospensione ed una multa: *art. 14, 26 della detta legge sul notariato, e n. 3 del decreto de' 12 settembre 1828.*

10. Se le parti o alcuna di esse non sanno, o non possono scrivere, il notaio deve far menzione in fine dell'atto delle loro dichiarazioni, e de' motivi addotti; sotto pena di nullità, oltre la sospensione ed anche la destituzione: *art. 15, 26 della legge sul notariato, e n. 3 del decreto de' 12 settembre 1828.*

11. Se l'atto occupa più fogli, ogni foglio è firmato dalle parti, da' testimoni dal notaio. Se queste non sanno o non possono scrivere, viene firmato dal notaio, e da' testimoni intervenuti al rogito, ovvero da due notai. Sotto pena di nullità, oltre la sospensione del notaio, ed anche della destituzione: *art. 16, 26 della detta legge sul notariato, e n. 3 del decreto de' 12 settembre 1828.*

12. Il notaio deve dichiarare nel rogito di conoscere le parti o il testore. Quando non abbia tale conoscenza, e non gli basta l' assicurazione di due testimoni che intervengono all'atto, può richiedere l'intervento di due altre persone a lui note di sua fiducia, e che abbiano le qualità volute dalla legge. Sotto pena di nullità dell' atto, oltre la sospensione ed anche la destituzione: *art. 9, 21, 26 della detta legge sul notariato, e n. 3 del decreto de' 12 settembre 1828.*

13. Non può deferirsi alle parti alcun giuramento promissorio o assertorio, e di apporre clausole *pro jurato* o altre equivalenti, salvo il caso in cui il giuramento sia prescritto dalla legge per la validità, o regolarità dell'atto, come a cagion d'esempio, nel caso previsto dall'art. 1019 *p. c.* In caso di contravvenzione, le clausole si hanno per non apposte, e per non deferito il giuramento, oltre una multa cui incorre il notaio: *art. 22 legge sul notariato.*

14. Gli atti debbono essere scritti in carattere chiaro ed intelligibile, senza intervalli, lacune ed abbreviature, e senza veruna rasura, e cancellatura, o aggiunzione di parole, dice l'art. *24 della legge sul notariato.* Per tutto ciò che riguarda le correzioni, le addizioni, le postille, le annotazioni e le rasure degli atti, possono riscontrarsi gli ampi sviluppamenti dati da Toullier, nel t. 8, n. 109 a 132.

15. Occorrendo nella compilazione dell' atto di levare, variare o aggiungere qualche cosa, debbono interlinearsi le cose levate in modo che possono leggersi anche dopo, facendone analoga annotazione in margine o in fine, e possono apporsi le accessarie postille o in margine o in fine, purchè le annotazioni, e le postille vengono sottoscritte dalle stesse persone che debbono firmare il rogito, secondo i casi contemplati negli art. 14 e 15 della legge sul notariato. Se le postille saranno fatte in margine, dovrà nelle sottoscrizioni indicarsi il numero delle parole, specificandosene la prima e l'ultima. Non osservandosi queste prescrizioni, le postille si hanno come non apposte.— Perfezionato il rogito, ogni atto dee scriversi in separato originale, ad eccezione de' casi preveduti dalle leggi, come nell'art. 1351 ll. cc.: *art. 25 della legge sul notariato, e n. 2 del decreto de' 12 settembre 1828.*

16. Gli atti debbono scriversi in lingua italiana, *art. 12 della legge sul notariato;* ma se viene scritto in lingua straniera non è perciò nullo, poichè l'art. 26 della stessa legge non pronunzia la nullità.—Laddove il notajo non intenda la lingua delle parti, deve adoperare l'interpetre: *vedi la pag. 19, n. 11,* e 'l decr. degli 11 giugno 1838.

17. La minuta degli atti, ossia l'originale, non può essere rilasciato alle parti, ma deve conservarsi dal notaio, ed alle parti ed a' terzi può rilasciare copie o estratti, *art. 31 e 32 della det. legge sul notariato.*—Il *brevetto*, ossia l'atto autentico che il notajo consegna alle parti in originale, senza conservarne la minuta, non può esser rilasciato che ne' casi specificati dall art. 34 della detta legge. « Il notajo, dice questo art., può consegnare ori» ginalmente o sia in *brevetto* alle parti gli atti, che contengono certificati, attestati, con» sensi, procure, ricevute, o quietanze di affitti, di salari, di arretrati di pensioni, o ren» dite, obbligazioni, o contrattazioni di mobili che non eccedono la somma di duc. cento, » *ed atti simili*, purchè la legge non ordini espressamente di dover la minuta rimanere » presso del notaio, come ne' casi preveduti dagli art. 855, 856 e 1032 della prima parte » del codice per lo regno delle due Sicilie ».—L'oratore del Tribunato di Francia motivando la disposizione dell'art. 20 della legge del 25 ventoso anno XI da cui è estratto il riferito nostro articolo, si espresse così: « questo articolo non ammette eccezione che per gli » atti di cui il contenuto, la natura e gli effetti, non offrono che un oggetto e un interesso » semplice in se stesso e passaggiero ».

E a notarsi che il riferito articolo 34 con le parole *ed atti simili* dà a dividere che il legislatore non ha potuto specificare *tutti gli atti* che possono essere rilasciati in brevetto. Ma è pur chiaro, come pur si rileva da' motivi, che avendo detto art. dettagliato molti di questi casi, ben si rileva, che le parole *ed atti simili*, non possono riferirsi che ad atti il cui contenuto abbia la natura ed i medesimi effetti di un interesso semplice. Così con circolari de' 23 giugno e 5 agosto 1826 si dichiarò, che gli affitti de' predii urbani o rustici possone essere fatti con atti in brevetto.—Con circolare de' 3 gennajo 1829, si dispose che ne' contratti per vendita e cessione di crediti passati innanzi notaio è permesso di adoperare la forma del brevetto nel solo caso in cui il credito ceduto non ecceda la somma di ducati cento, e sia semplice chirografo, e sfornito d'ipoteca. — Può adoperarsi la forma del brevetto per le contrattazioni relative a somministrazioni di derrate a' coloni per uso di sementi coll'obbligo della restituzione di esse, purchè il valore delle derrate somministrate, o da restituirsi non ecceda la somma di ducati cento; giusta la circolare del 22 giugno 1831. — La vendita di frutti pendenti o di messi attaccati alle radici sino a ducati cento, può stipularsi con atto in brevetto, giusta la circolare de' 18 gennajo 1834.

18. I notai non possono spossessarsi di alcuna minuta, fuorchè ne' casi preveduti dalla legge e per virtù di sentenza—Prima di spossessarsene, essi debbono distendersene a firmarne una copia collazionata, la quale, dopo essere stata certificata dal Presidente e Procuratore del Re del Tribunale civile della provincia, sarà sostituita alla minuta, di cui essa terrà luogo sino alla sua rintegrazione: *art. 32 della detta legge sul notariato.*

La sentenza la quale ordina il deposito di una minuta nella cancelleria di un Tribunale, debb'essere eseguita dal notaio, sotto pena di esservi astretto con arresto personale: egli quindi può rilasciar copie o spedizioni della copia collazionata che sarà stata sostituita alla minuta, ma facendovi menzione, sopra queste copie o spedizioni, del processo verbale che sarà stato formato di questa confezione di copia: *art. 295, 296, 297 p.c., e art. 443 proc. pen.*

19. Il dritto di rilasciar *copie di prima edizione o spedizioni*, non appartiene che al notaio possessore della minuta, e non pertanto ogni notaio può rilasciar copia di un atto il quale gli sia stato depositato per minuta: *art. 38 e 39 della legge sul notariato.*

20. Il notaio non può rilasciare una prima copia autentica e spedizione in forma esecutiva (*vedi la nota all'art. 1273*) degl' istrumenti o atti tra vivi, senza la dichiarazione che quella è la prima copia o spedizione in forma esecutiva, e con l'indicazione del nome della parte che la riceve, e sull'originale fa annotazione delle prime copie rilasciate: *art. 39 e 44 della legge sul notariato.*

21. Le sole copie di prima edizione sono rilasciate in forma esecutiva: esse sono intitolate e terminate come le sentenze de' tribunali: *art. 40 detta legge sul notariato.*

22. Il notaio non può rilasciare altra prima copia in forma esecutiva senza le formalità stabilite sull'oggetto dagli art. 927 e 930 *proc. civ.* Nel caso che la copia sia fatta presenti, consensienti le parti o per ordine del Presidente del Tribunale civile, citate le parti, il notaio ne fa la dichiarazione ed indica il nome della persona che la riceve: *art. 42 e 44 della legge sul notariato.*

23. Il notaio che dolosamente rilasciasse una copia discorde dall'originale è reo di fal-

so. Se la copia non è secondo la forma prescritta dall'art. 46, non si à per autentica: *art. 47 legge sul notariato*, e *art. 287 leg. pen.*

24. Le copie di prima edizione e spedizioni debbono portare l'impronta del tabellionato che da' notai debba tenersi, giusta gli *art. 55, 56 e 63 della legge sul notariato*. Questo tabellionato corrisponde agli antichi sigilli di cui i notai dovevano munire le carte per l'autenticità (*vedi la pag. 472 in fin.*); ma se fosse omessa l'impronta del tabellionato non sarebbe però la copia nulla, come lo era anticamente per le ragioni datane nella detta pag. 472, ma soltanto i giudici potrebbero ordinare che una copia di prima edizione non munita del tabellionato, ed in forza della quale si è proceduto ad un pignoramento, che la impressione del tabellionato si eseguisse, quante volte sorgesse sospetto della verità della copia. Toullier, t. 8, n. 60.

25. Finalmente gli atti notariali che si debbono presentare o eseguire fuori Provincia debbono essere legalizzati dal Presidente della Camera notariale: *art. 52 della legge sul notariato*. Questa legalizzazione è richiesta per prevenire gl' inconvenienti ed assicurare l'autenticità dell'atto; ma la mancanza di legalizzazione non nuoce all'autenticità dell'atto, e può soltanto farne sospendere l'effetto o la esecuzione. Toullier, t. 8, n. 58 o 59.

V. *Funzioni de'notai come agenti ausiliari o anche ufiziali ministeriali di taluni atti di procedura.*—Indipendentemente dalle fonzioni generali di attribuire agli atti il carattere dell' autenticità, i notai hanno talune funzioni particolari che vengon loro deferite dalla legge, e dagli scrittori vengon considerati perciò come *ufiziali ministeriali o agenti ausiliari* delle procedure. Le operazioni cui i notai sono chiamati in tale qualità possono ridursi alle seguenti:

1.° Essi sono destinati per rappresentare i presonti assenti negl' inventari, ne'conti, nelle divisioni o liquidazioni ne'quali costoro trovansi interessati: *art. 118 e 121 ll. cc.*, e *1018 proc. civ.*

2.° La confezione degl' inventari, de'processi verbali di descrizioni o di carenza all' apertura delle successioni, è attribuita a'notai non solamente nel caso di apertura della successioni, ma anche in tutti gli altri casi in cui il codice civile esige di fare un inventario, com'è prescritto dagli art. 374, 525, 551, 685, 713, 732, 741, 968, 1014, 1016, 1017, 1406, 1421, 1426, e 1349. — Ed il decreto de'29 dicembre 1828 ha prescritte delle nuove disposizioni per la numerazione o classifica delle carte ereditarie teoute dal defunto.

Non v'à che una circostanza in cui la presenza del notaio non sia necessaria per la confezione di un inventario: è quando esso à luogo dopo un fallimento; può l'inventario esser fatto da'sindaci provvisori, conformemente all'art. 478 *leg. di eccez.*

3.° Ne'giudizi di divisione sono i notai incaricati di ricevere i conti e formare la massa ereditaria, e redigere processo verbale delle contestazioni, *art. 746 a 750, 756, ll. cc.*, e *art. 1052 e 1053 p. c.* Eseguita la divisione rilasciano la spedizione del primo atto o processo verbale alla parte più sollecita per ottenerne l' omologazione del tribunale : *art. 1057 a 1059 p. e.*

4.° In presenza de'notai, precedente delegazione del tribunale civile, segue la divisione e ripartizione delle quote che che appartengono a' minori : *art. 389 ll. cc.* Nelle vendite de'beni stabili di costoro, ed anche de'maggiori se vi consentono, ricevono i pubblici incanti: *art. 746, 758 ll. cc.*, e *1031 p. e.*

5.° Sono incaricati di notificare gli atti rispettosi: *art. 168 ll. cc.*

6.° Debbono tenere esposta nel loro studio una tabella contenente i nomi delle persone interdette o sottoposte a consulente giudiziario: *art. 424 ll. cc. e 84 della legge sul notariato.*

7.° La stessa formalità di cui è parola nel num. preced. è richiesta per le domande di separazione di beni tra marito e moglie; per gli atti che contengono questa separazione; per le sentenze le quali pronunziano la separazione personale : *art. 945, 950 e 958 p. c.*

8.° Di qualunque contratto di matrimonio tra conjugi, de' quali uno sarà commerciante il notaio stipulatore è nell'obbligo (*sotto pena di ducati 25 ed anche di destituzione e di risponsabilità verso i creditori, se è provato che l' omissione sia conseguenza di collusione*) di trasmettere un estratto, per registrarsi alla Cancelleria del tribunale civile e di commercio del luogo del domicilio del marito; quale estratto indicherà, se i conjugi sono maritati in comunione o senza comunione, o se sono separati di beni : *art. 12 e 13 leg. di eccez.*

9.° Possono distendere i verbali di protesti, di rifiuto di trascrizione ed i contratti di assicurazione: *art. 2100 ll. cc.*, e *172 e 74 l. di eccez.*

VI. *Risponsabilità de'notai per le nullità commesse negli atti* — Su di ciò, vedi la pagina 16.

1272. L'atto non autentico per l'incompetenza o l'incapacità dell'ufiziale, o per un difetto di forma, vale come privata scrittura, quando sia stato sottoscritto dalle parti (1).

VII. *Degli onorari e delle vacazioni dovute a notai.* Vedi su di ciò gli art. 130 e seg. della legge *sul notariato de' 23 novembre 1819.*

La loro aziona o ripelere lo vacazioni e gli oonrari si prescrivo in due aooi : *dec. de' 14 luglio 1838.*—Hanno un'azione solidale cootro le parti alle quali baono prestato il loro ministero per uo lavoro ch'era loro comune : *ved. la nota 3, pag. 298, n. 5.*

VIII. *Disposizioni relative alle schede de'notai* — Essendo di una importanza ragguardevole la conservazione de'protocolli de'notai, la legge ha dato savi provvedimenti per la conservazione degli atti notariali, non ostante la morte del notaio. Questa disposizioni si trovano negli art. 88 e seg. della legge sul ootariato de'23 novembre 1819. Aggiunganzi lo disposizioni contenute ne'decreti de' 4 aprile 1831 e 30 marzo 1833 sulla formazione dell'inventario delle schede. E giova pur conoscere la circolare Ministeriale degli 8 febbraio 1837, intesa ad agevolare la formazione dell' inventario suddetto. Eccone le disposizioni :

1.° i libri o protocolli de'notai saranoo oomerati dal primo all'ultimo foglio. So questa nomerazione esiste, sarà riconosciuta e rettificata in caso d' inesattezza od irregolarità. Nall'ultima pagina sarà indicato il nomero di questi fogli e sarà cifrata dal giudica.

2. sarà rilevato il numero degli otti o minute che si contengono in ciascun libro o protocollo.

3.° la prima pagina di ciascun atto o minola sarà cifrata dal giudice del circoodario, o dal fuuzionario cha lo supplisco, giusta gli stabilimooti io vigore.

4.° gli atti cha non vanno in protocollo saranno specificatamente designati per data, per oggetto, per nome delle parti, per nomero de'fogli.

5.° sarà rilevato il numero de'repertori appartenenti al ootaio, e quali anni risguardino. Se il repertorio corrente non si trovi esaurito, il giudice del circoodario apporrà la sua cifra nll'ultimo pagina scritta del repertorio stesso.

6.° Se vi abbiano elenchi sarà indicato il loro oumero e quali schede risguardino.

7.° Nell'inventario che dovrà redigersi saronno esattamente indicati gli adempimenti e le notizie delle quali è parola oe'numeri precedenti.

8.° Sarà pure nell'inventario stesso indicato il numero della vacazioni per lo medesimo, del giudice o del supplente, e l'importo di queste vacazioni.

9.° Il notaio al quale sono passate le schede, avrà dritto di far rilevare, se in fogli delle medesime vi abbiano lacerazioni, cancellature, rasure, od altri difetti. Ove ciò avvenga sarà enunciato l'occorrente nell'inventario.

10. L'inventario di cho trattasi seguirà per ministero di notaio. Uno copia di esso sarà inviate alla camera notariale a cura del notaio stipulatore. Nion atto particolare sarà formato dal giudice o dal supplente, l' assistenza dell' uno o dell' altro all' inventario giusta la legge, rimanendo assicurata colla firma di lui nell'inventario stesso.

(1) 1. Questo articolo è uniformo all'art. *29 della legge sul notariato.* Ecco ciò che osservò il relatore dello legge al tribunato, sull'art. 68 della legge di ventoso anno XI, cui corrisponde il nostro art. 29 di detto legge sul notariato.

« Gli atti de'notai sono sottomessi a formalità rigorose, ma indispensabi per assicurarne l'autenticità e garantirne l'esecuzione. Se vi sono casi in cui l'omissione di tali formalità debba portar seco la nullità radicale degli atti, ve ne sono altri ancora che meritano giuste eccezioni. — Questo è ciò che la legge ha preveduto, ordinando che gli atti fatti in contravvenzione a taluni articoli non sarebbero nulli interamente, se non quando tutte le parti contraenti non li avessero firmati ; ma se le parti han firmato tali atti, allora varranno semplicemente como atti per iscrittura privata. — Con questa saggia disposizione le parti non si troveranno interamente delusi de'loro dritti per l'effetto di una omissione, di uo errore o di on fatto: esse non perderanno che il vantaggio di avere un atto notariale; e se voglion rendere lo loro convenzioni autentiche, esse hanno la facoltà, o di presentarsi presso altri notai a loro scelta, per depositarvi, e riconoscere il loro atto, o di ricorrere in giudizio. Esse hanno inoltre il loro regresso contro il notaio manchevole, e possono ottenere contro di lui tutt'i danni-interessi cha la loro posizione e le circostanze esigeranno ».

Ed il sig. Joubert nel rapportare al tribunato i motivi dell'art. in esame, si espresse così: « Se l'uffiziale pubblico era sospeso delle sue funzioni nal momento dell'atto, il suo ministero non produrrà alcun effetto.

« Ne sarebbe lo stesso se l' uffiziale non aveva il dritto d' istrumentare nel luogo

1273. L'atto autentico fa piena fede della convenzione che racchiude, fra le parti contraenti e loro eredi, o coloro che han causa da esse.

V. l'art. 1295.

Ciò non ostante, nel caso che l' atto venga impugnato direttamente colla querela di falso, se ne sospenderà l'esecuzione, appena ammessa l'accusa: nel caso poi che si proponga la falsità per incidente, i tribunali potranno, secondo le circostanze, sospendere provvisionalmente l'esecuzione dell'atto (1).

V. gli art. 309, 324. 335. 343 p.c, e 459 e seg. p. p.

1274. L'atto, sia autentico, sia privato, fa pruova tra le parti, anche di quelle cose le quali non vi sono espresse se non in termini enunciativi; purchè l'enunciativa abbia un diretto rapporto colla disposizione. L'enunciative estranee alla disposizione non possono servire se non per un principio di pruova (2).

---

nel qualo l'atto è stato redatto: fuori della sua giurisdiziono, egli oon è che una persooa privata.

« Similmente, so le formalità richieste noe soeo state osservate, l'iotervento del pubblico nfiziale non à potuto imprimere all'atto il carattore di autonticità; l'atto non può valere che come scrittura privata, e solamente nel caso in cui l'atto trovasi sottoscritto dallo parti; senza la sottoscriziene dolle parti, l' atto noo potrebbe neanche essere reputato atto sotto scrittura privata; non sarebbe che uno scritto ieformo.

« Questi principî sull'effetto dell'incompetenza o dell' incapacità dell' ufiziale pubblico o del difetto di formalità, erano di già stabiliti nella legge del 25 ventoso anno XI sull' organizzazione del notarialo *(art. 29 della nostra legge sul notariato)*.

« Non sarà più permesso d'equivocare nè di distinguere, come si faceva anticamente, allorchè si trattava di pronunsiare su di oo atto ricevuto da un publico ufiziale fuori la sua giurisdizione, o durante la sospensione delle sue funzioni.

« Si giudicava cho l'ufiziale pubblico incorreva in una ammenda; ma si giudicava nello stesso tempo che l'atto dovea essere mantenuto in conseguenza dell'antica massima, *error comunis jus facit*.

« Tutto ciò menava all'arbitrio: incombe alle parti di assicerarsi cho gli ufiziali da essi adoperati sieno idonci ad istrumentare. Senza dubbio l'ufiziale che istrumenterebbe senza qualità sarebbe punito; ma l' atto non sarebbe autentico. La buona fede delle parti non potrebbe garantirla da tale inconveniente.

« In materia di dritto pubblico, allorchè si tratti di riconoscere in un atto l'emanazione dalla pubblica potestà, non si può aver riguardo cho agli olementi fissati per questa stessa potestà. » Locré, t. 6, p. 224 o 225, a. 6.

Vedi pel dippiù le pag. 448 e 449.

II. L'atto che, sottoscritto dalle parti, è nullo come autentico, vale como scrittura privata ancorchè contenendo una convenzione sinallagmatica non trovasi fatto in doppio originale a' termini dell' art. 1279. Imperciocchè l' atto trovandosi in deposito negli atti del pubblico ufiziale, non vi à più ragione da richiedere il doppio originale, mentre non trovasi a disposizione di una delle parti. Processo verbalo del consiglio di stato di Francia, in Locré, t. 6, p. 109 in fine, e 110, n. 11.

(1) I. Bisogna primieramente considerare di cho l' atto autentico fa fede tra le parti, e di che contro i terzi.

Fa fede tra lo parti, loro eredi ed aventi causa di tutta la disposizione dell'atto, cioè a dire, di tutto ciò che lo parti ne hanno veduto, e che ha formato l'oggetto dell'atto.—Ma per i terzi l'atto prova *rem ipsam*, val diro che la convenzione che contiene è realmente intervenuta, e niente altro. V. Pothier, *obligat.*, n. 735, 736 e 739; Toullier, t. 8, n. 144 a 156.

II. L'atto autentico fa una piena fede, o niuna causa può sospenderne l'esecuzione, tranne la iscrizione in falso. Ciò è conforme alla l. 2, ff. *ad leg. corneliam de falsis* che voleva l'esecuzione provvisoria dell'atto autentico impugnato di falso, poichè il delitto non si presuma. La legge però à dovuto prendere delle precauzioni, quando vi sono elementi sufficienti da far dubitare della verità dell'atto autentico. Quindi coll'ammessione dell'accusa nel giodizio penale rimane sospesa l'esecuzione dell'atto autentico; e quando questo viene attaccato di falso incidente civile, appartiene a'giudici civili di sospendere l' esecuzione dell'atto, quando dalle circostanze si raccogliono elementi che fanno dubitare della verità dell'atto autentico.

(2) Vedi Pothier *obligat.*, n. 737 e 740; Toullier, t. 8, n. 157 a 167.

V. l'art. 1350.

1275. Le controscritture non possono avere effetto se non fra le parti contraenti, e non contra terze persone (1).

§. II.

Della scrittura privata.

1276. La scrittura privata riconosciuta da quello contra cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto autentico fra quelli che l'hanno sottoscritta, e fra' loro eredi, e quei che hanno causa da loro (2).

---

(1) La parola *contro-scrittura* non vuol dir altro che un atto contro al contratto. Il contratto e la contro scrittura sono adunque due atti separati, de' quali il primo non può produrre effetto se non in ciò che non si trova distrutto o cambiato colla contro-scrittura. — Le contro-scritture non hanno, per loro natura, cosa alcuna che sia illecita o pure odiosa. Esse non sono che veri contratti, naturalmente permessi alle parti che vogliono rivocare o cambiare, in tutto o in parte, un precedente contratto, senza in minima parte pregiudicare i terzi, altrimenti si sarebbe prestato mano alle frodi. Processo verbale del consiglio di Stato in Locrè, t. 6, p. 109, n. 7.

(2) È stata materia di lunga discettazione il determinare con precisione in qual caso le persone debbono risguardarsi come *aventi causa*, parola che viene adoperata non solo in questo art., ma in più articoli del codice, e massime negli art. 143, 865 891, 1273, 1277, 1294, 1319. È una regola confermata da più testi di legge che la condizione del successore o dell'*avente causa* non può essere migliore di quella del suo autore. *Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet*, l. 177. ff. *de reg. jur.* — *Non debet melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus a me transiit*, l. 175, § 1, ff. *de reg jur.* — *Quod ipsis qui contraxerunt obstat et successoribus eorum obstabit*, l. 143, ff. *de reg. jur.* Ed è notevole che questa regola è applicabile non solo a'successori a titolo universale, ma benanche a' successori a titolo particolare chiamati in giurisprudenza *aventi-causa*. Pothier, *des obligat.*, n. 67.

Or, poichè l'avente causa rappresenta il suo autore, ne segue il principio che gli atti sottoscritti dal suo autore obbligano l'*avente causa* al par di lui.

Ma il punto della difficoltà sta nel vedere se l'*avente causa* rappresenta in tutto e *sempre* il suo autore, o pure se essendo avente causa sotto un punto, può essere considerato come un *terzo* sotto un altro. Per esempio, Tizio concede a Cajo una ipoteca sul fondo Corneliano con atto autentico. All'istante si presenta Mevio con un atto in iscrittura privata non registrato, dal quale risulta che Cajo gli ha venduto lo stesso fondo Corneliano, e quindi sostiene che la ipoteca di Mevio è nulla, perchè costituita sulla cosa altrui. Toullier, t. 8, n. 246 e seg. esaminando la quistione tra due compratori, sostenne che dovea essere preferito quegli la cui scrittura avea data anteriore, benchè non registrata, perchè i due compratori non sono *terze persone* relativamente al venditore, ma sono i suoi aventi causa, e quindi conviene loro applicare la disposizione dell' art. in esame 1276. Contro il sistema di Toullier scrisse una dotta confutazione Merlin nelle *quistioni di dritto*, 3. ediz. v. *tiers*, § 2, alla quale non mancò di replicare Toullier con una dottissima dissertazione inserita nel tomo X della sua opera. Ma la dottrina di Merlin trionfò nella scuola e ne'Tribunali: veggasi Grenier, *hypot.*, num. 354; Duranton, t. XIII. n. 132: Troplong, *hypot.* n. 529 a 336; Duvergier, *de la vente*, n. 36. — Questo sistema ammesso dai giureconsulti è in vero ragionevolissimo, perciocchè l'*avente causa* non rappresenta il suo autore se non nelle cose e ne'dritti che ripete da lui, *in quantum causam habet*: in quanto poi al rimanente egli è un estraneo. Ed è perciò che la legge 156 § 3, ff. *de reg. jur.* non dice che il compratore rappresenta *sempre* il venditore; dice soltanto che lo rappresenta il più delle volte; PLERUMQUE *emptoris eadem causa esse debet, circa petendum et defendendum, quae fuit auctoris.* Laonde due compratori sono aventi causa rispetto al venditore, ma non sono sotto il rapporto di un medesimo titolo; ciascuno di loro à un dritto che emana da titolo particolare, e sotto questo rapporto i due compratori sono tra loro *terze persone*, quantunque l'uno e l'altro *aventi causa* del venditore. In conseguenza è a due compratori applicabile l'art. 1282 che vuole la data *certa* negli atti per rispetto alle *terze* persone; e da ciò consegue la disposizione dell'art. 2081 (*nuovo nelle nostre leggi civili*) che consacra il principio che tra due compratori è preferito colui il cui titolo à una anteriore data certa. Possiamo adunque conchiudere che l'art. 2081 condanna il sistema di Toullier.

1277. Quegli contra cui si oppone una scrittura privata, è tenuto di riconoscere o negare formalmente il proprio carattere o la propria sottoscrizione.

V. gli art. 287 a 289 p. c.

I suoi eredi, o quei che hanno causa da lui, possono semplicemente dichiarare che non conoscono il carattere o la sottoscrizione del loro autore.

1278. Quando la parte neghi il proprio carattere o la propria sottoscrizione, e quando i suoi eredi, o quei che hanno causa da lui, dichiarino di non conoscerla, se ne ordina la verificazione giudiziale.

V. gli art. 287 e seg. p. c.

1279. Le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche (1), debbono esser fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto (2).

V. l'art. 32 l. di eccez.

Basta un solo originale per tutte le persone che vi abbiano un interesse medesimo.

In ciascun originale dee farsi menzione del numero degli originali che si son fatti.

Ciò non ostante la mancanza di tal menzione non può essere opposta da colui che abbia eseguito per parte sua (3) la convenzione contenuta nell'atto.

V l'art 1292.

Se la scrittura sinallagmatica abbia le sottoscrizioni delle parti, ma manchi alcuno degli originali, o la menzione del numero di quelli che si sono fatti, potrà valere semplicemente come principio di pruova per iscritto (4).

V. l'art 1301.

---

(1) *Perfette*, aggiunge Delvincourt. Imperciocchè non tutte le convenzioni sinallagmatiche in generale debbono essere fatte in doppio originale. Il mandato è un contratto sinallagmatico, e non è necessario, per gli art. 1856 e 1957, di fare le procure in doppio originale: vedi la nota 1, p. 223.

(2) *Interesse particolare*, diceva la prima compilazione di questo articolo. Vi furono sostituite le parole *interesse distinto*, sulle osservazioni del Tribunato che ragionò così: « *interesse distinto* e *particolare* non sono sinonimi. De'condebitori solidali ànno ciascu» no un interesse *particolare*, e ciò non ostante non hanno un interesse *distinto*. » Locré, t. 6, p. 135, n. 67.

(3) Che significano queste parole *per parte sua?* Ecco come le intende Toullier, t. 8, n. 341.

« Quando uno de'contraenti, egli dice, ha eseguita le sue obbligazioni, ne ha presa parte l'altro contraente, vi è egli concorso all'esecuzione? Per esempio, quando il compratore ha pagato tutto o parte del prezzo del suo contratto, il venditore concorre all'esecuzione ricevendolo, egli l'approva dandone quietanza.

« Ciò non ostante, egli non ha eseguita la convenzione *per parte sua*, se non ancora ha consegnata la cosa. Ma com'egli è concorso volontariamente alla esecuzione del contratto *per parte* del compratore, così questo concorso è per parte sua una approvazione o ratifica tacita del contratto; esso è anzi un principio di esecuzione; non può dunque più opporre che la scrittura di vendita non è stata fatta in doppio originale, quando anche offrisse di restituire ciò che ha ricevuto.

« Ma vi sono casi ne'quali uno de'contraenti può eseguire il contratto senza il concorso dell'altro. Il compromesso può offrircene un esempio. Primo e Secondo compromettono e nominano un arbitro; ma l'atto non è fatto in doppio originale e rimane in potere di Primo. Secondo si presenta innanzi all'arbitro, e gli consegna i suoi documenti e la sua memoria, di cui ritira una ricevuta. Egli ha eseguito il compromesso per parte sua; ma Primo non essendo concorso a questa esecuzione, potrà opporre a Secondo l'irregolarità del compromesso.

« Vi sono molti altri casi in cui uno de'contraenti non concorre alla esecuzione che l'altro ha dato al contratto per parte sua. Ciocchè può accadere anche nel caso di una vendita; se, per esempio, vi ho venduto il fondo Corneliano per 10,000 ducati coll'obbligo che ne pagherete 3000 a Cajo. Il pagamento di questa somma a Cajo è per parte vostra un fatto di esecuzione a cui io non sono concorso.

« L'art. 1352 (1279) diverrebbe adunque più chiaro, se all'ultima disposizione si aggiungessero queste parole, *e ch'è concorso all'esecuzione*.

(4) In Francia formò oggetto di gran controversia se le scritture contenenti convenzio-

1280. Il biglietto o la promessa per mezzo di scrittura privata, colla quale una sola parte si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro, o a darle altra cosa valutabile, debbe essere scritta per intero di mano di colui che la sottoscrive; e per lo meno è necessario che, oltre la sua firma, abbia scritto di propria mano un *buono*, ovvero un *approvato* indicante in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa: altrimente, essendoci la sola sottoscrizione, varrà come principio di pruova per iscritto.

V. l'art. 1301.

È eccettuato il caso in cui l'atto si faccia da mercatanti, artigiani, coltivatori di campagna, vignajuoli, giornalieri e persone di servizio (1).

---

ni sinallagmatiche mancando del numero degli originali, o della menzione di quelli fatti, l'atto fosse perciò nullo, e pure dovea considerarsi come un principio di pruova per iscritto. Il Toullier, t. 8, n. 318 a 325 dimostrò dottamente che l'atto dovea valere come un principio di pruova per iscritto; e questa dottrina è stata sublimata in legge dall'ultimo comma del nostro art. 1279, nuovo nelle nostre *leggi civili*.

(1) Ecco come il signor Jaubert nel suo rapporto al Tribunato rende motivo della disposizione di questo articolo. « In generale, è sufficiente, che chi si obbliga, sia con un contratto unilaterale, sia con un contratto sinallagmatico, sottoscriva l'atto.

» Importa poco che il corpo dell'atto sia scritto di proprio pugno da uno delle parti, o da mano estranea.

« Ciò non pertanto l'esperienza ha dimostrato la necessità di una eccezione per le obbligazioni contenute in iscrittura privata, per le quali una sola delle parti si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro. Allorchè l'atto non è scritto per intero da colui che lo sottoscrive, se si contentasse di apporvi la semplice sottoscrizione, potrebbe avvenire che colui che ha fatto sottoscrivere l'obbligazione vi abbia inserita una somma più forte di quella che ha formato realmente l'oggetto del contratto.

« La sorpresa potrebbe anche più facilmente avvenire, poichè trattandosi di atti unilaterali che si fanno in un solo originale, il debitore non avrebbe mezzi di chiarirsi prontamente del suo errore o della frode; in guisa che un momento di preoccupazione dalla parte di colui che à sottoscritto, o un poco di astuzia da parte di colui che à fatto sottoscrivere, potrebbero consumare la rovina di un uomo debole o disaccorto.

« Bisognava inoltre prevenire l'abuso che si potrebbe fare delle firme in bianco.

« È in conseguenza di questi motivi che avete stabilito che la promessa sarebbe scritta per intero da colui che l'à sottoscritta, o che almeno, oltre della sottoscrizione, scriverebb'egli di sua mano l'approvazione per esteso della somma.

« Il nostro progetto conserva questa regola, e l'estende alle obbligazioni di consegnare una cosa valutabile.

« Si trova in effetti per questo caso la stessa ragione delle somme di danaro. Se dunque si tratta di una promessa di consegnare una quantità di grano, se colui che sottoscrive questa promessa non l'à scritta per intero di suo pugno, bisogna che oltre la sottoscrizione vi abbia scritto di suo proprio pugno un *bono* o *approvato* portante in lettere per esteso la quantità del frumento.

« Nell'uno e nell'altro caso, non basterebbe che colui che ha sottoscritto l'atto vi abbia soggiunto di suo pugno queste parole: *approvante il sopra scritto*. Questa addiziona che si pratica nell'uso, o la sua omissione, non può giammai avere alcuna influenza legale.

« Delle due l'una: si tratta di un atto pel quale una sola parte si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro o a consegnargli una cosa valutabile, ed allora l'approvazione della somma o della quantità della cosa è rigorosamente ed indispensabilmente necessaria. O si tratta di ogni altro atto in iscrittura privata, ed allora la legge non richiede alcuna sorta di approvazione; essa si contenta della sottoscrizione.

« Sempre deve il legislatore occuparsi di precauzioni che possono proteggere la buona fede ed allontanare le sorprese.

« Ma d'altronde egli è obbligato di conformarsi a'bisogni della società, o di tollerare un inconveniente piuttosto che d'introdurne uno più grande.

« La regola che sottopone all'approvazione della somma o della quantità della cosa, se dessa dev'esser seguita indistintamente in tutt'i casi, introdurrebbe la necessità di ricorrere ad un atto pubblico per le obbligazioni di tutti coloro che non possono che firmare il loro nome.

« È bisognato adunque ammettere una modificazione in favore degl'individui che pel loro stato sono presunti di non sapere che sottoscrivere: altrimenti eglino sarebbero for-

1281. Quando la somma espressa nel corpo dell'atto sia diversa da quella espressa nel *buono*, si presume che l'obbligazione sia per la somma minore, ancorchè l'atto egualmente che il *buono* sieno scritti per intero di mano di colui che si è obbligato; purchè non si provasse in qual parte sia precisamente l'errore.

1282. La data delle scritture private non si computa contra le terze persone se non dal giorno in cui sono state registrate (1), dal giorno della morte di colui o di uno di coloro che le han sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture resti comprovata in atti stesi da ufiziali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizioni di sigilli o d'inventario (2).

V. gli art. 1371, 1589, 1596, 2081.

1283. I registri de'mercanti non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono annotate, contra quei che non sono mercanti; salvo ciò che si dirà a riguardo del giuramento.

V. gli art. 1321 e 2178 ll. cc., e 24 l. di eccez.

1284. I libri de'mercatanti fanno pruova contra di essi; ma colui che vuole trarne vantaggio, non può scinderli in ciò che contengono di contrario alla sua pretensione.

V. gli art. 1304 ll. cc., e 24 leg. di eccez.

1285. I registri e le carte domestiche non formano pruova a favore di colui che le ha scritte: fanno però fede contro di lui

1.° in tutti i casi ne' quali enunciano formalmente un pagamento ricevuto;

V. l'art. 1304.

2.° quando contengono una espressa menzione di aver fatto tal notamento per supplire la mancanza del titolo a favor di colui, a vantaggio del quale esprimono una obbligazione.

1286. Qualunque annotazione scritta dal creditore nella fine, nel margine o nel dorso di un titolo che sia continuamente restato presso di lui, fa fede, quantunque non l'abbia sottoscritto nè vi abbia apposto la data, quando tenda a dimostrare la liberazione del debitore.

V. l'art. 1305.

Lo stesso ha luogo per l'annotazione scritta dal creditore nel dorso, nel margine o appiè del duplicato di un titolo o di una quietanza; purchè tal duplicato si trovi presso del debitore.

V. l'art. 1236.

§. III.

Delle tacche a riscontro, o sia delle taglie.

1287. Le *tacche* corrispondenti a quelle di riscontro fanno fede tra le persone le quali costumano di comprovare con tal mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono a minuto.

---

zati, su'loro piccoli interessi, adoperare atti pubblici; ciò che cagionerebbe ad essi grandi spese, le quali sovente eccederebbero l'ammontare dell'obbligazione.

« La rapidità delle operazioni commerciali esigeva pure una modificazione: così la regola cessa nel caso in cui l'atto emana da un mercante, da un artigiano, coltivatore di campagna, vignajuoli, giornalieri e persone di servizio. » — Locré, t. 6, p. 227, n. 12.

La mancanza dell'*approvato*, non rende l'atto nullo, ma vale come un principio di pruova per iscritto. Questa spiegazione data dal nostro articolo ha troncato la quistione agitata da'giureconsulti francesi, se l'atto dovea considerarsi come nullo o pur no.

(1) Veggasi l'art. 30 della legge sul registro de' 27 gennajo 1812, l'art. 3 della legge de'25 dicembre 1816, e l'art. 4, n.° 3.° della legge de'21 giugno 1819.

(2) Riguardo a'terzi si debbono reputare di data certa le scritture private, la cui data viene indicata in posteriori polizze di Banco: arg. da questo art. e dagli art. 1589 e 1596; arresto della Corte Suprema di giustizia de'26 settembre 1818 (*causa Fiorenza e Pescara*).

La data di una girata in una fede di credito è quella della passata al banco: decreto de' 12 dicembre 1616.

§. IV.

Delle copie de' titoli.

V. gli art. 1271 ll. cc., e 922 e seg. p. c.

1288. Le copie, quando esista il titolo originale, fanno fede soltanto di ciò che si contiene nel titolo di cui può chiedersi sempre l'esibizione.

1289. Quando non esiste più il titolo originale, le copie fanno fede secondo le seguenti distinzioni.

1.° Le copie autentiche di prima spedizione fanno la stessa fede dell'originale. La medesima regola si osserva per le copie che sono state estratte per ordine de'magistrati, presenti le parti, o chiamate nelle debite forme; o per quelle che sono state estratte in presenza delle parti, e di loro reciproco consenso.

2.° Le copie che senza autorità del magistrato o senza il consenso delle parti, e dopo consegnate quelle di prima spedizione, sieno state estratte dalla matrice dell'atto dal notajo che lo ha stipulato, o da uno de'suoi successori, o da ufiziali pubblici i quali in tal qualità sono depositarj de le matrici, possono, qualora fosse perduto l'originale, far fede, purchè sieno antiche.

Si considerano come antiche, quando abbiano più di trent'anni.

V. l'art. 1301.

Quando abbiano meno di trent'anni, non possono servire se non per principio di pruova scritturale.

3.° Quando le copie estratte dalla matrice di un atto nol sieno state dal notajo che l'ha ricevuto, o da uno de'suoi successori, o da ufiziali pubblici che in tal qualità sono depositarj delle matrici, non potranno servire se non per un principio di pruova scritturale, qualunque sia la loro antichità.

4.° Le copie di copie potranno, secondo le circostanze, esser considerate come semplici indizj.

1290. La trascrizione di un atto ne'registri pubblici non potrà servire se non per principio di pruova scritturale: ed anche per questo sarà necessario

1.° che sia certo di essersi perdute tutte le matrici del notajo, di quell'anno in cui l'atto apparisce essere stato fatto; ovvero che si provi essersi perduta la matrice di tale atto per un accidente particolare:

2.° che esista un repertorio del notajo, fatto regolarmente, donde apparisca che l'atto fu fatto nella medesima data.

V. l'art. 1307.

Quando nel concorso di queste due circostanze verrà ammessa la pruova per mezzo di testimonj, sarà necessario che vengono esaminati coloro che furono testimonj all'atto, se tuttora esistano.

§. V.

Degli atti di ricognizione e di conferma.

1291. Gli atti di ricognizione non dispensano dallo esibire il titolo primordiale, se non quando il tenore di esso vi si trovi specificamente riportato.

Totto ciò che contengono di più del titolo primordiale, o che vi si trovasse di diverso, non ha alcun effetto.

Ciò non ostante, se vi fossero più atti conformi di ricognizione avvalorati dal possesso, ed uno di essi avesse la data di trent'anni, il creditore potrà esser dispensato dallo esibire il titolo primordiale.

V. l'art. 1258.

1292. L'atto di conferma o di ratifica di una obbligazione, contra la qua-

le la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione, non è valido, se non quando vi si trovi espressa la sostanza della obbligazione, il motivo dell'azione di rescissione, e la volontà di correggere il vizio su cui tale azione è fondata.

In mancanza di atto di conferma o ratifica basta che l'obbligazione venga eseguita volontariamente dopo l'epoca in cui l'obbligazione stessa poteva esser validamente confermata o ratificata.

Eccezione nell' art. 889.

La conferma, ratifica o esecuzione volontaria nell'epoca e nelle forme determinate dalla legge, produce la rinunzia a'mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contra tale atto; senza pregiudizio però del diritto delle terze persone.

V. gli art. 1069, 1192, 1265, 1870, 1926.

1293. Il donante non può riparare con alcun atto confermativo i vizj di una donazione fra vivi nulla per le forme: è necessario che sia fatta di nuovo nelle forme legali.

V. gli art. 855, 856, 872, 1037, 1047.

1294. La conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una donazione per parte degli eredi, o di quelli che hanno causa dal donante, dopo la morte di lui induce la loro rinunzia al diritto di opporre i vizj delle forme, o qualunque altra eccezione.

SEZIONE II.

Della pruova testimoniale.

1295. Per qualunque cosa che ecceda la somma o il valore di cinquanta ducati, ancorchè si tratti di deposito volontario, dee stendersene atto innanzi notajo, o con privata scrittura. Non si ammette veruna pruova testimoniale nè contra nè oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma o di un valore minore di cinquanta ducati.

V. gli art. 1427, 1561, 1679, 1706, 1795, 1796, 1857, 1916, 1944, 1955.

Tutto ciò non deroga a ciò che è prescritto nelle *leggi di eccezione per gli affari di commercio.*

V. l' art. 108 l. di eccez.

1296. La regola precedente si applica al caso in cui, oltre la domanda del capitale, l'azione contiene quella degl'interessi, se questi riuniti al capitale oltrepassino la somma di cinquanta ducati.

1297. Colui che ha fatto una domanda che eccede la somma di cinquanta ducati, non può essere più ammesso alla pruova testimoniale, ancorchè restringesse la sua prima domanda.

1298. Non può essere ammessa la pruova testimoniale sulla domanda di una somma anche minore di ducati cinquanta, quando sia dichiarato che tal somma faccia parte o residuo di un credito maggiore il quale non è provato per mezzo di scrittura.

1299. Se nel medesimo libello una parte fa più domande delle quali non abbia titolo in iscritto, ma che congiunte insieme eccedano la somma di ducati cinquanta, la pruova per testimonj non può essere ammessa, ancorchè la parte alleghi che tali crediti provengano da cause diverse, e che si sieno formati in tempi diversi; purchè simili diritti non derivassero da diverse persone per titolo di successione, donazione o altrimenti.

1300. Tutte le domande, da qualunque causa procedano, che non sieno interamente giustificate par mezzo di scrittura, debbono proporsi in un medesimo libello, dopo il quale non potranno ricevers altre domande delle quali non esista la pruova scritturale.

1301. Le regole esposte di sopra ammettono eccezione, quando esiste un principio di pruova scritturale.

V. gli art. 245, 264, 265, 1274, 1279, 1280, 1289, 1290.

Si ha per tale qualunque scrittura che derivi o da colui contra il quale si propone la domanda, o da quello che egli rappresenta, e che rende verisimile il fatto allegato.

1302. Le predette regole soggiacciono anche ad eccezione, ogni qual volta non sia stato possibile al creditore di procurarsi una pruova letterale della obbligazione contratta verso di lui.

Questa seconda eccezione si applica

V. gli art. 1324 e 1336.

1.° alle obbligazioni che nascono da'quasi-contratti, e da'delitti o quasi-delitti;

V. l'art. 1824.

2.° a'depositi necessarj fatti in caso d'incendio, rovina, tumulto o naufragio; ed a quelli fatti da' viaggiatori nelle osterie dove alloggiano: e ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto;

3.° alle obbligazioni contratte in caso di accidenti non preveduti che non permettessero di fare atti per iscritto;

4.° nel caso in cui il creditore abbia perduto il titolo che gli serviva di pruova scritta, in conseguenza di un caso fortuito, non preveduto e provegnente da una forza irresistibile.

SEZIONE III.

Delle presunzioni.

1303. Le *presunzioni* sono le conseguenze che la legge o il magistrato deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto.

§. I.

Delle presunzioni stabilite dalla legge.

1304. La *presuzione legale* è quella che una legge speciale attribuisce a taluni atti (1) o a taluni fatti. Tali sono

1.° gli atti che la legge dichiara nulli per la sola loro qualità, perchè li presume fatti in frode delle sue disposizioni (2);

2.° i casi ne'quali la legga dichiara che la proprietà, o la deliberazione risulti da alcune circostanze determinate (3);

V. l'art. 1305.

3.° l'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata;

V. gli art. 1308 e 1312.

4.° la forza che la legge dà alla confessione o al giuramento della parte.

V. l'art. 717.

1305. L'autorità della cosa giudicata non ha luogo se non relativamente a ciò che ha formato l'oggetto della sentenza. È necessario che la cosa domandata sia la stessa; che la domanda sia fondata sulla medesima causa; che la domanda sia tra le medesime parti, e proposta da esse e contra di esse nella medesima qualità.

---

(1) V. gli art. 937, 939, 940, 1038, 1047, 1076, 1140, 1155, 1164, 1281, 1433, 1716.

(2) V. gli art. 395, 425, 453, 827, 1054, 1342, 1343, 1407, 1520, 1657, 1665, 1712, 1727, 1842 ll. cc., e 436 leg. di eccez.

(3) V. gli art. 478, 574, 587, 589, 591, 517, 640 a 643, 1164, 1165, 1236, 1237, 1285, 1286, 1287, 1780.

1306. La presunzione legale dispensa da qualunque pruova colui a favore del quale essa esiste.

Non è ammessa veruna pruova contra la presunzione della legge, quando sul fondamento di tal presunzione essa annulla taluni atti (1), o nega l'azione in giudizio (2); purchè la legge non abbia riservato la pruova in contrario (3), e salvo ciò che si dirà sul *giuramento* e sulla *confessione giudiziale*.

§. II.

Delle presunzioni che non sono stabilite dalla legge.

1307. Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, sono rimesse alla dottrina ed alla prudenza del magistrato, il quale non dee ammettere se non presunzioni gravi, precise e concordanti, e solamente ne' casi ne' quali la legge ammette la pruova testimoniale; purchè però l'atto non sia impugnato per causa di frode o di dolo.

V, gli art. 110, 641, 1063, 1070, 1295.

SEZIONE IV.

Della confessione della parte.

1308. La *confessione* che si oppone contra una parte, è *stragiudiziale*, o *giudiziale*.

1309. È inutile l'allegare una confessione stragiudiziale semplicemente verbale, ogni qual volta si tratti di una dimanda di cui la pruova testimoniale non sarebbe ammessa.

V. l'art. 1295.

1310. La *confessione giudiziale* è la dichiarazione che fa in giudizio la parte o il suo special procuratore.

Essa fa piena pruova contra colui che l'ha fatta.

Non può scindersi in di lui pregiudizio.

Non può rivocarsi, quando non si provi che essa fu la conseguenza di un errore di fatto.

Non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di dritto.

SEZIONE V.

Del giuramento.

1311. Il *giuramento giudiziale* è di due specie:

1.° quello che una parte deferisce all'altra, per farne dipendere la decisione della causa; e chiamasi *decisorio*:

2.° quello che vien deferito dal giudice *ex officio* all'una o all'altra parte.

§. I.

Del giuramento decisorio.

1312. Il giuramento decisorio può essere deferito sopra qualsivoglia specie di controversia.

V. gli art. 2181 ll. cc., e 214 e 215 p. c.

(1) V. la nota 2, pag. 488.
(2) Esempi negli art. 236, 244, 263 827 834, 1837, 2168.
(3) Esempi negli art. 478, 1237, 2281.

1313. Non si può deferire, fuorchè su di un fatto personale alla parte cui vien deferito.

1314. Può deferirsi in qualunque stato si ritrovi la causa, ed ancora quando non esista alcun principio di pruova della domanda o della eccezione sulla quale il giuramento si domanda.

1315. Colui al quale vien deferito il giuramento, qualora rifiuti di darlo, o non consenta di riferirlo al suo avversario; o l'avversario al quale è stato riferito, se ricusi di darlo, dee succumbere nella sua domanda o nella sua eccezione.

1316. Il giuramento non può riferirsi, quando il fatto che ne forma l'oggetto, non sia comune ad ambe le parti, ma sia semplicemente personale a colui al quale si era deferito il giuramento.

1317. Quando il giuramento deferito o riferito siasi dato, non si ammette l'avversario a provarne la falsità.

1318. La parte che ha deferito o riferito il giuramento, non può più ritrattarsi, se la parte contraria ha dichiarato di essere pronta a giurare.

1319. Il giuramento prestato non fa pruova, fuorchè a vantaggio o contra di lui che l'ha deferito, ed a vantaggio o contra dei suoi eredi, o di coloro che hanno causa da lui.

V. l'art. 1198.

Ciò nondimeno il giuramento deferito al debitore da uno de' creditori solidali non lo libera se non per la porzione dovuta a questo creditore.

V. gli art. 1161, 1241, 1906.

Il giuramento deferito al debitore principale libera egualmente i fidejussori: quello che si è deferito ad uno de' debitori solidali, giova a' condebitori: quello deferito al fidejussore giova al debitore principale.

In questi ultimi due casi il giuramento del coadebitore solidale o del fidejussore, non giova agli altri condebitori o al debitore principale, se non quando sia stato deferito sul debito, e non sul fatto della obbligazione solidale o della fidejussione.

§. II.

Del giuramento deferito ex officio.

V. gli art. 1283, 1562, 1697, 1796, ll. cc., e 23 leg. di eccez.

1320. Il giudice può deferire il giuramento ad una delle parti, o per farne dipendere la decisione della causa, o soltanto per determinare il valore della condanna.

1321. Il giudice non può deferire *ex officio* il giuramento, sia sulla domanda dell'attore, sia sulla eccezione opposta, se non colle seguenti due condizioni:

1.° che la domanda o la eccezione non sia pienamente provata;

2.° che le medesime non sieno mancanti totalmente di pruova.

Fuori di questi due casi, il giudice dee ammettere o rigettare puramente e semplicemente la domanda.

V. gli art. 1315 1316.

1322. Il giuramento deferito dal giudice *ex officio* ad una delle parti non può da questa riferirsi all'altra parte.

1323. Il giudice non può deferire all'attore il giuramento sul valore della cosa domandata, se non quando sia impossibile di comprovarlo altrimente.

Dee pure in tal caso determinare la somma, sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore sopra il suo giuramento.

TITOLO IV.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE SI CONTRAGGONO SENZA CONVENZIONE.

1324. Talune obbligazioni si contraggono senza che v'intervenga alcuna convenzione nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di colui verso il quale egli si è obbligato (1).

---

(1) Ecco come l'oratore del Tribunato ha espresso i motivi di tutta la teorica della obbligazioni che si contraggono senza convenzione.

« Dopo di aver sviluppato nel secondo libro le varie modificazioni della proprietà, il Codice espone, nel terzo, le differenti maniere con cui si acquista.

« Fra tali maniere, la più generale, e la più vera meritava il primo rango; ed è a giusto titolo che gli si assegnò a quella che prende la sua sorgente nelle obbligazioni convenzionali; ma un'altra maniera di acquistare la proprietà, deriva dalle obbligazioni che si formano senza convenzione; essa si colloca naturalmente in seguito alle obbligazioni convenzionali, ed essa forma il progetto di legge che son dietro a discutere.

« Il legame della convenzioni sta nella fede de' contraenti: è questo uno innato sentimento di giustizia, anteriore a tutte le leggi positive, e quello che pose il primo anello alla catena delle obbligazioni. Tal legame sta nel cuore di tutti gli uomini non sovvertiti dal vizio, e la legge civile in ciò non è che garante di ciò che commette la coscienza.

« Ma ove non vi sono convenzioni, non vi è fede: frattanto siccome possono esservi delle obbligazioni formate senza convenzione, così conviene ricercarne la causa estranea che loro dà l'esistenza, sia onde conoscerne la natura, sia onde determinarne l'estensione.

« Li Romani, che dal diritto privato formarono una scienza vasta e profonda, furono condotti a questa distinzione da ragionamenti che si trovano nelle loro leggi.

« La giustizia, dissero eglino, confessa e riconosce delle obbligazioni che differiscono essenzialmente da quelle che sono le più comuni.

« Esse si formano senza convenzione, non appartengono dunque che alla classe de' contratti; esse provengono da un fatto lecito; non possono dunque aver luogo fra i delitti. Tali obbligazioni rivestite di un carattere particolare essi le chiamarono *quasi contratti*, ed essi ne distinsero cinque specie:

1. L'amministrazione dell'affare altrui senza ordine, o mandato.
2. L'obbligazione che produce la tutela fra il tutore, ed il pupillo.
3. Le obbligazioni che nascono da persone che hanno de' beni in comunanza senza società.
4. Le obbligazioni di cui è tenuto l'erede verso i legatarj.
5. Le obbligazioni che procedono dalla restituzione o del pagamento di una cosa non dovuta.

« Dopo di aver reso il più profondo omaggio a' quegl'antichi legislatori del mondo, devo dirlo, che la loro dottrina su questo punto, era rimasta ben al dissotto della perfezione, e della chiarezza che gli autori del progetto portarono nell'analisi di queste obbligazioni. La loro dottrina non le abbracciava tutte, ed essa non penetrava le cause rispettive che potevano servire a distinguerle fra loro.

« Fra le obbligazioni che si formano senza convenzione, devesi in fatti comprendere l'obbligazione di riparare il danno cagionato dai delitti, o quasi-delitti, l'obbligazione imposta al possessore di una cosa di restituirla al proprietario; le obbligazioni rispettive che nascono dalla vicinanza di due proprietà; quelle che impone il legame del matrimonio, o quello delle famiglie; e molte anche che, per la loro natura, si uniscono a questa classe di obbligazioni, e che frattanto non si trovano nelle *Istituta*.

« La seconda imperfezione consisteva nel non aver potuto cogliere nella varietà delle cause, gli altri caratteri distintivi di queste medesime obbligazioni.

« È facile di rilevare, per esempio, che l'obbligazione che si forma fra il tutore, ed il pu-

Le une risultano dalla sola autorità della legge: le altre derivano da un fatto personale a colui che resta obbligato.

Le prime sono le obbligazioni che si formano involontariamente, come quelle tra proprietarj vicini, o quelle de' tutori o degli altri amministratori, i quali non possono ricusare le funzioni che loro vengono conferite.

Le obbligazioni che nascono da un fatto personale a colui che resta obbligato, risultano o da quasi-contratti, o da delitti o quasi-delitti.

Esse formano la materia di questo titolo.

CAPITOLO I.

De' quasi contratti.

1325. I *quasi-contratti* sono i fatti puramente volontarj dell'uomo, dai quali risulta una obbligazione qualunque verso un terzo, e talvolta una obbligazione reciproca delle due parti.

1326. Quegli che volontariamente si fa *gestore* di un negozio altrui, tanto se il proprietario ne sia conosciuto, quanto se lo ignori, contrae una obbligazione tacita di continuare l' amministrazione che ha incominciata, e di condurla al termine, sino a che il proprietario sia in istato di provvedervi

---

pillo; fra l'erede, ed il legatario non hanno la stesso causa dell'obbligazione che nasce fra colui che pagò, e quello che ricevette una cosa che non gli apparteneva.

« Le prime traggono la loro origine dalla sola autorità della legge, e le persone che risguardano, vi si trovano soggette indipendentemente dalla loro volontà.

« Le seconde hanno per causa immediata un fatto volontario sia per parte di uno, sia per quella de' due interessati.

« Il progetto di legge perfettamente colse queste diverse ordinate varietà, e le espose in rischiarato ordine.

« Alcune obbligazioni, dice l'art. 1368, si formano senza che v'intervenga alcuna convenzione, nè per parte di quello che si obbliga, nè per parte di quello il quale si è obbligato.

« Questa definizione presenta il carattere distintivo delle obbligazioni convenzionali, da quelle che formano il soggetto del presente titolo: essa comprende di più tutte le obbliga. di quest' ultimo genere, qualunque ne sia la lor causa: ma la differenza di queste cause conduce in progresso dello stesso articolo alle seguenti divisioni.

« Fra le obbligazioni che si formano senza convenzione, le une risultano dall'autorità sola della leggo, le altre nascono da un fatto personale, a colui che si trova obbligato.

« Quelle dell'ultima spezie, derivano o dai quasi-contratti, o dai delitti, o dai quasi-delitti.

« Questo è un semplice ornamento delle disposizioni del progetto di legge.

« L'autorità della legge non può essere impugnata da quelli ai quali essa comanda; sicchè si trovano sommessi, anche contro la loro volontà, alle obbligazioni che colla sua sola influenza essa forma.

« Il progetto non fa che una dettagliata enumerazione di tali sorte di obbligazioni. Le disposizioni che le regolano sono sparse in vari titoli del Codice civile. Sotto il titolo del *Matrimonio* si trovano i doveri reciproci de' coniugi: sotto quello della *Tutele* le obbligazioni reciproche del tutore, e del pupillo; nel titolo delle *Servitù prediali* quelle che sono imposte alli proprietari de' due fondi vicini; in quello de' *Testamenti* le obbligazioni degli eredi verso i loro legatari; nel titolo della *Proprietà* quelle del possessore verso il proprietario che reclama la restituzione del suo.

« Era inutile di qui ripetere le disposizioni che nascono dall'obbligazioni, senza convenzione. Fu sufficiente l'indicare, con alcuni esempi, i segni per i quali si può conoscere, ed il posto che devono occupare in questo titolo.

« Le obbligazioni senza convenzione, che nascono da un fatto personale a quello che si trova obbligato, esigevano maggiori sviluppi: ricevettero nel progetto quelli che erano necessari onde illuminare li Cittadini, e diriggere i Giudici nell'applicazione della legge ».

egli stesso: debbe egualmente incaricarsi di tutte le conseguenze del medesimo negozio.

Egli si sottopone a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un espresso mandato avuto dal proprietario.

V. gli art. 1863 e seg.

1327. È tenuto a continuare l' amministrazione, ancorchè il proprietario muoia prima che il negozio sia terminato, e fino a che l'erede abbia potuto intraprenderne la direzione.

1328. È tenuto ad usare nell' amministrazione dell' affare tutte le cure di un buon padre di famiglia.

Nondimeno le circostanze che lo hanno indotto ad incaricarsi dell'affare, possono autorizzare il giudice a moderare i danni e gl' interessi derivati da colpa o da negligenza nell'amministrazione.

1329. Il proprietario il cui affare è stato bene amministrato, dee adempire le obbligazioni che il *gestore* ha contratte in suo nome; dee farlo indenne da quelle che ha personalmente assunte; e rimborsarlo di tutte le spese utili o necessarie che ha fatte.

1330. Chi o per errore o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto, si obbliga a restituirlo a colui dal quale lo ha indebitamente ricevuto.

V. l' art. 1158.

1331. Quando uno che per errore si credeva debitore, ha pagato un debito, ha il diritto della ripetizione contra il creditore.

Nondimeno cessa tal dritto quando il creditore in conseguenza del pagamento si è privato del suo titolo: nel qual caso è salvo il regresso a colui che ha pagato, contra il vero debitore.

1332. Se quegli che ha ricevuto il pagamento, era in mala fede, è tenuto a restituire tanto il capitale, quanto gl' interessi o i frutti dal giorno del pagamento.

1333. Se la cosa indebitamente ricevuta è un immobile, o è un corpo mobile, quegli che l'ha ricevuta, si obbliga a restituirla in ispecie quando esista, o il suo valore quando sia perita o deteriorata per di lui colpa: è altresì tenuto alla perdita per caso fortuito, se l'ha ricevuta in mala fede.

V. l'art. 1156.

1334. Chi ha venduto la cosa che ha ricevuta in buona fede, non è tenuto ad altro che a restituire il prezzo ritratto dalla vendita.

1335. Colui al quale è restituita la cosa, dee rimborsare, anche al possessore di mala fede, tutte le spese necessarie ed utili che sono state fatte per la conservazione della cosa medesima.

V. l'art. 480.

CAPITOLO II.

De' delitti e de' quasi-delitti.

1336. Ogni fatto qualunque dell' uomo, che arreca danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.

1337. Ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato non solamente per fatto proprio, ma ancora per sua negligenza o per sua imprudenza.

1338. Ciascuno parimente è tenuto, non solo pel danno che cagiona col proprio fatto, ma ancora per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali dee rispondere, o colle cose che abbia in custodia.

Il padre, o la madre dopo la morte del marito, sono tenuti pe' danni cagionati da' loro figli minori abitanti con essi:

I padroni ed i commettenti, pe' danni cagionati da' loro domestici e garzoni nell' esercizio delle funzioni nelle quali gli hanno impiegati:

i precettori e gli artigiani, pe' danni cagionati da' loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui sono sotto la lor vigilanza.

La predetta garentia non ha luogo, allorchè i genitori, i precettori e gli artigiani provano ch'essi non hanno potuto impedire il fatto di cui avrebbero dovuto esser garanti.

1339. Il proprietario di un animale, o quegli che se ne serve, nel tempo in cui ne usa, è tenuto pel danno cagionato dall'animale, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o fuggito.

V. l'art. 1638.

1340. Il proprietario di un edifizio è tenuto pe' danni cagionati dalla rovina del medesimo, quando sia avvenuta in conseguenza di mancanza di riparazione, o per vizio della sua costruzione.

FINE DEL SECONDO TOMO.

INDICE

DE' LIBRI, TITOLI, CAPITOLI ec.

LIBRO III.

DE' DIFFERENTI MODI CO' QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ.

CONTINUAZIONE DEL TITOLO II.

Delle donazioni tra vivi e de' testamenti

FINE DELL' INDICE DEL SECONDO TOMO

TAVOLA ALFABETICA ED ANALITICA

DELLE

MATERIE CONTENUTE IN QUESTO SECONDO TOMO.

Nota. *La cifra araba che viene dopo la lettera* a, *indica il numero dell'articolo ; quella chè viene dopo la lettera* n, *indica il numero della nota; e quello cheviene dopo la lettera* p, *indico lo pagina.*

FINE DELLA TAVOLA DEL SECONDO TOMO